

DOIS PONTOS PRIMORDIAIS PARA LEVARMOS À PRÁTICA AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

DOS PUNTOS PRIMORDIALES PARA LLEVAR A LA PRÁCTICA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES

Virgílio de Mattos¹

RESUMO: O presente artigo discute a radicalização ao combate à tortura no Brasil e perquire especificamente o porquê, ainda que tenhamos em vista apenas direitos mínimos, consagrados constitucionalmente, não conseguimos garantir a dignidade da pessoa humana na prática, isto é, porque o Direito Constitucional não é aplicado.

PALAVRAS-CHAVE: Combate à tortura; Dignidade Humana; Direito Constitucional Aplicado.

RESUMEN: El presente artículo discute la radicalización al combate a la tortura en Brasil y perquire específicamente el porqué, aunque hayamos en vista sólo derechos mínimos, consagrados constitucionalmente, no conseguimos garantizar la dignidad de la persona humana en la práctica, es decir, porque el Derecho Constitucional no es aplicado.

PALABRAS-CLAVE: Combate a la tortura; Dignidad Humana; Derecho Constitucional Aplicado.

1 RADICALIZAR O COMBATE À TORTURA NO BRASIL

,

De que lugar eu falo?

Falo das misérias da minha aldeia.

Acredito que as misérias das aldeias de vocês não sejam tão diferentes.

Nas diferenças em que se igualam é que lhes peço atenção.²

¹ Graduado em Direito, especialista em Ciências Penais e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, doutor em Evolução dos Direitos e Novos Direitos - Università degli Studi di Lecce - IT. Coordenador do Curso de Direito do CESG. Da LEAP-Brasil. Do Fórum Mineiro de Saúde Mental. Do Stop OPG Milano IT. Membro da Comissão Nacional de Fomento à Participação Social na Execução Penal do Ministério da Justiça. Advogado criminalista.

²Roteiro de intervenção no 1º Encontro Nacional dos Conselhos da Comunidade –, Brasília, DF, 5 a 7/12/2012.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Raras são as vezes que militantes de organizações populares têm a possibilidade de serem lidos por tão distinto grupo de leitores como este: os que pensam o constitucionalismo no Brasil. Normalmente leitores distintos são distantes das cadeias, das ocupações, das favelas e vilas da periferia dos grandes centros. Distintos, muita vez, preferem o senso comum a ouvirem militantes. Entretanto, se o momento é de alegria pela possibilidade de pensarmos juntos, o que me entristece, por outro lado, é saber que incontáveis pessoas mundo afora e várias dessas neste momento no Brasil, estão sendo torturadas impiedosamente, covardemente, sadicamente, para confessar, enquanto você lê este texto. E o que é pior: contidos em nome de uma legalidade aparente, são impiedosamente torturados, antes, durante e depois da prisão.

Confessar o feito, o malfeito e, muita vez, o não feito. Esse é o feitio da tortura.

Aborrece perceber que em Minas, não a Minas dos mineiros, mas a dos mineradores, dos exploradores, dos arrogantes (*Minas são várias*, dizia o poeta) houve e há recusa em implementar³ o Plano de Ações Integradas para a Prevenção e o Combate à Tortura no Brasil (Paict) no Estado⁴. A quem interessa isso? Minas é o único estado não signatário do protocolo. Por quê? Por que esse absurdo? Como tem andado o pacto pelo país? Houve alteração prática na contenção à prática das torturas? Houve redução?

Tortura de outro tipo: o Plano Nacional de Saúde no Sistema Prisional⁵ também só funciona no papel. A tuberculose avança sem controle, a S.I.D.A. (mais conhecida pela sigla inglesa AIDS) e outras doenças sexualmente transmissíveis (DST's) expandem-se também; em Minas, exemplificativamente, a sífilis ressurge com força dentro e fora do sistema penitenciário. O que não deixa de ser outra

³ Escrevo este texto em meados de setembro de 2014.

⁴ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. Coordenação-Geral de Combate à Tortura. **Plano de Ações Integradas para a Prevenção e o Combate à Tortura no Brasil**. 2011. Em: < <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5294>>. Acesso em 02 de setembro de 2014.

⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, Área Técnica de Saúde no Sistema Penitenciário. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

espécie de tortura nada metafórica a atingir os alvos de sempre: sempre gente pobre.

Por que a tortura? Tortura-se para que se confesse e podemos encontrar sua origem “processual” no direito canônico e na voz do papa Inocêncio III, que declarava a quem quisesse ouvir: “todos podem ser torturados”. Tortura-se para fazer sofrer. Tortura-se para punir. Tortura-se porque há certo tipo de pensamento que sustenta a naturalidade do absurdo, exemplificativamente com discursos “*mas e se fosse com você?*” Ou mesmo: “*esse tipo de gente, você sabe*”. Até que se acaba torturando pelo prazer de torturar. Existem miríades de exemplos disso em nossa história recente.

Quase um milênio dura o combate à tortura, desde que o papa Inocêncio III a propôs como instrumento “democrático” de extração da verdade. Mas seria interessante pontuarmos sua “popularização” com a última ditadura civil-militar, quando todos os presos eram torturados. Impiedosamente. Reiteradamente. Inapelavelmente.

Pelo golpe militar de 1º de abril de 1964 tivemos instaurado o estado terrorista que prendia, torturava e matava. Como norma. Como instituição. Torturava-se, às vezes, pelo prazer de torturar. Sem a necessidade de obter daquele preso qualquer tipo de informação. Torturava-se para fins “didáticos”, como no caso tristemente famoso de Dan Mitrione dando “aulas de tortura” no Pelotão de Polícia do Exército, no bairro de Vila Izabel, no Rio de Janeiro.

Torturava-se, e esta era a principal lição que ensinava Mitrione, não para obtenção de informações, mas para destruir as pessoas e os laços de solidariedade. Torturava-se para instauração do terror. Rumo à construção de um Estado terrorista, preocupante, preocupado e paranoico, para o qual todo e qualquer cidadão era considerado suspeito e que, obviamente, deveria *confessar*. Esta a lógica vigente ainda hoje. Lógica que não conseguimos derrotar, embora tivéssemos conseguido derrotar a ditadura militar.

Este, penso, é o grande desafio: varrer a mentalidade da tortura, da valorização do torturador e a aceitação do seu produto, que é a confissão.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Por que permanece a tortura? Esta parece ser a questão irrespondível. A maioria do povo, de educação formal quase nula, sem grande acesso à informação de qualidade, de pequena capacidade de reflexão crítica, e envenenado pela *mídia com as mãos sujas de sangue*, parece "cobrar" dos agentes de segurança pública uma postura sempre violenta, quando nada intolerante e capaz de produzir "neutralização"⁶ imediata das massas pobres, os sem nada de sempre.

Se o subproletariado, o consumidor falho, como dizem Agambem⁷ e Pavarini⁸, só tem no cárcere a contenção de seu desagradável handicap de pouco ou nenhum poder de compra; a proteção do patrimônio das classes dominantes, via estado penal e poder repressivo público e privado, sinaliza a "boa oportunidade de negócios" que é explorar o cárcere, esta será a atividade que mais crescerá, nos últimos tempos. A tortura é seu esteio e alicerce.

Uma indústria do controle total nasce a partir do autoritarismo e floresce no cone sul de *nuestra latinoamerica*. A experiência da tortura presente nos dias de hoje como instrumento de contenção, sistemática, impiedosa, brutal, acumulada na "guerra contra os pobres", ou contra os jovens pobres, vai seguir uma "sofisticação" proporcional à importância social daquele que é torturado. Não é mais necessário que a tortura seja secreta, discreta, ou clandestina. A certeza de que haverá tortura é algo sempre presente no imaginário do preso. É vendida pela mídia, é "tolerada" pela justiça, é incentivada pela sociedade, conforme a classe social daquele que será torturado.

O preso nunca tem como provar que foi torturado, exceto em casos excepcionalíssimos. Agentes torturadores, reconhecidamente responsáveis por torturas, em vez de identificados, processados e presos são promovidos. Tornam-se cada vez mais inatingíveis.

Pós-prisão e processo "regular", a tortura contra os familiares que insistam em não abandonar o preso. Nas visitas, nas informações e depois na

⁶ Cf. PAVARINI, Massimo. **A penologia do grotesco**. Università degli studi di Lecce, Centro di Studi sul Rischio, mimeo. 2003, *passim*.

⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁸ PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. Também: BAUMAN, Z. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

progressão de regime e soltura do amigo ou familiar; o trato com o sistema judicial/prisional é sempre tenso, cheio de desconfianças, desrespeitos e dor. A tortura da revista vexatória aí está onipresente. A transformação imediata de pertencente às classes perigosas, vez que alguém do núcleo familiar tem ou teve contato com o sistema penal. Como se ser parente de alguém preso fosse, por si só, crime.

No outro lado há uma espécie de condescendência: do Judiciário, da mídia, da sociedade. Os torturadores em geral são processados por abuso de autoridade, maus tratos, lesões corporais, e muito raramente pelo crime de tortura propriamente dito, que se aperfeiçoa, de acordo com a Lei 9455/97⁹, com a produção de qualquer sofrimento físico ou mental na vítima. A definição da Organização das Nações Unidas sobre tortura é de uma clareza ofuscante:

qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público, ou outra pessoa no exercício de suas funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência.¹⁰

O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, - sendo punidos aqueles que, podendo evitá-lo, são omissos; é dos raríssimos tipos de crime inscritos¹¹ na Constituição da República Federativa do Brasil¹². E daí? A normatização ou penalização de sua prática não a fez reduzir. Insisto: por que a permanência de sua prática?

Alguns contorcionismos teóricos são feitos, tanto na Academia, quanto na doutrina e jurisprudência penais. E é fundamental desconstruirmos a canhestra noção de poder-se cogitar de tortura para “evitar um mal maior”, ou mesmo a

⁹ BRASIL. Lei 9.455 de 1997.

¹⁰ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

¹¹ Os outros são o de terrorismo, tráfico de drogas e aqueles denominados hediondos.

¹² BRASIL. Art. 5º, XLIII. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1998.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

patética afirmação oriunda de arrimo jurisprudencial mineiro de “*legítima defesa da vítima*”.

No nível de outros Estados que não o nosso maltrapilho e maltratado sistema de processamento e execução penal, que dizer do “*grau moderado de pressão psicológica ou física*”, (nudez forçada com uso de capuz; isolamento e incomunicabilidade, aí incluídos advogados e familiares; privação sensorial; exposição a ruídos excessivos; exposição prolongada a temperaturas extremas; posições dolorosas; ameaças – inclusive de tortura a familiares; humilhações – aí incluídas também as de ordem sexual; etc) que é como a tortura é eufemicamente tratada pelo Estado Terrorista de Israel, que a utiliza em profusão criminosa contra a população palestina. Outro dramático exemplo¹³ é Guantánamo. Que dizer da tortura defendida como necessidade, mundo afora, pelos poderosos que lucram com ela?

Que dizer do Regime Disciplinar Diferenciado¹⁴, senão forma “legalizada” de tortura estatal no aprisionamento? Forma sofisticada de enlouquecimento certo ao final.

Se se muda o foco da discussão, não pelo fim da tortura, mas para que casos poderemos admitir a tortura de uns poucos para o bem-estar da maioria, como nefasto acórdão mineiro fez recentemente, as relações sociais estariam regulamentadas pela sordidez do “salve-se quem puder, se puder”.

Pela carta constitucional de 1988, a tortura é crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia¹⁵, mas continua difícilíssima de investigar, provar, prevenir e controlar. Vide as homeopáticas condenações, Brasil afora, de torturadores. Como se condenação penal resolvesse alguma coisa em algum lugar.

Por definição legal¹⁶ é:

¹³ Lamentavelmente a lista de horrores é vasta, passando do afogamento simulado – amplamente utilizado pelos agentes estadunidenses como algo sofisticado -, ao afogamento em barris de excrementos e urina até o submarino seco “*made in Uruguay*”, consistente em colocar um saco plástico na cabeça do torturado; passando pelo onipresente pau-de-arara tupiniquim, aos choques elétricos, etc.

¹⁴ Cf. as críticas de FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: RT, 2011.

¹⁵ BRASIL. Art. 5º, inc. XLIII. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

¹⁶ **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura** de 1985, ratificada pelo Brasil em 20 de julho de 1989, define a tortura, no seu artigo 2º.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa, penas ou sofrimentos físicos ou mentais com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

O agente de segurança pública, em contato direto com a denominada criminalidade, muita vez ele mesmo originário do subproletariado, impregnado pela ideologia de combate, o *schmittiniano* senso comum, "apaga" sua origem real de classe para funcionar como braço armado dos privilégios das classes dominantes, sem consciência sequer do papel que cumpre.

Quanto mais sofisticada e eficiente for a ação policial de inteligência e investigação menos se recorre à tortura. Mais difícil de se esgrimir a rota desculpa do "mal menor", ou da necessidade da "pressão" para "elucidação".

Nos primórdios pensada como forma de fazer sofrer e também exorcizar o demônio que possuía o corpo do herege, só como a morte era interrompida. A morte vinha em partes, e o corpo respondia aos poucos e aos pedaços. Até que o fogo lento purificasse, e via do espetáculo também purgasse aos demais, o satanás encarnado no inimigo, no desafeto, no estranho, mesmo que vizinho. O inimigo comum vai se transformando em outros, em outro. No diferente, no distante, no ausente. O demônio, essa invenção dos crentes, muda de nome ou de lado. O processo é o instrumental utilizado para a prova da culpa, em sentido leigo, do agente. Até que o fogo consiga extirpar não só a carne e os restos, mas, sobretudo, a capacidade de memória e de lembrança, de preferência para sempre.

Hoje o requinte da "dosagem" faz com que a morte seja "apenas" um "efeito colateral" e ainda tem gente que aplaude.

Insista-se: a tortura tem sido o meio onipresente na proteção do patrimônio das classes dominantes, via estado penal e poder repressivo público e privado; esse controle será a atividade que mais crescerá, nos últimos tempos. A tortura é seu esteio e alicerce. Mais do que tudo: é sua ideologia.

Uma indústria do controle total nasce a partir do autoritarismo e floresce no cone sul da América Latina. A experiência da tortura, presente nos dias de hoje

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

como instrumento de contenção, sistemática, impiedosa, brutal, acumulada na “guerra contra os pobres”, ou contra os jovens pobres, vai seguir uma “sofisticação” proporcional à importância social daquele que é torturado.

Concluindo este ponto: o Brasil é signatário da maior parte dos instrumentos internacionais voltados para a proteção e promoção dos direitos humanos; logo, a questão não é apenas de ausência de regulamentação ou normatização, como se regulamentos ou normas pudessem conter a barbárie da tortura; mas de efetividade na aplicação ou redução de impunidade, embora eu pense seja complicada a utilização da ideia de *impunidade*. Peça importante no léxico da direita nos últimos tempos. O que não falta no país é punição penal generalizada, em especial para o pobre. Essa noção de “impunidade” é vendida pela mídia *mondo cane* e seus patrocinadores, o pior do pior.

Há resistência reconhecida em agente público denunciar e investigar tortura praticada por colega de profissão, e nem se diga de omissão conivente, mas mal-estar. Quando nada, a tortura é criminosamente tolerada.

A fiscalização meramente burocrática e previamente anunciada não atua, obviamente, na contenção da tortura. É fundamental ampliar a recepção de denúncias e ter como acompanhá-las. Para tanto, como primeiro passo é ampliar o controle social.

Repensar a existência dos autos de resistência, seguidos de morte. Eufemismo utilizado nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, exemplificativamente, para camuflagem da execução pura e simples dos alvos, jovens, negros e pobres de sempre.

Nigel Rodley¹⁷ aponta que a tortura é um crime de oportunidade¹⁸. Assim, dificultar a prática da tortura, aumentar o risco de punição, reduzir a recompensa pela prática da tortura, e remover as desculpas para tal prática. Já teriam como resultado uma diminuição drástica no quantitativo de sua prática.

A mudança de estratégia, “reforçar a inclinação dos agentes públicos de resistir às oportunidades para o abuso de poder e da força e para a tolerância dos

¹⁷ Relator Especial contra a Tortura, da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

¹⁸ NIGEL, Rodley. Prefácio. In: Dunér, Bertil. **An End to Torture**. Londres: Zed Books, 1998, p. ix.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

abusos associados aos seus cargos e funções”¹⁹. Não é algo que se possa ensinar em academias, mas de ser visto com olhar otimista esse esforço conjunto de entidades, a adoção de procedimentos que possam dar o máximo de transparência para as ações desenvolvidas e para as respostas das instituições do Sistema de Justiça Criminal. Outro ponto importante é a ampla e contínua proteção e assistência às vítimas e testemunhas de casos de tortura.

Temos que fazer com que a sociedade civil participe ativamente de todo esse processo. Que se garanta, não só espaço, como voz e escuta das propostas dissonantes. É indispensável não só acabar de uma vez por todas com a tortura policial, real, sádica, palpável assim como é fundamental derrotarmos a tortura metafórica do capital e do consumismo, dessa vez para sempre.

2 DIREITOS MÍNIMOS: POR QUE NÃO CONSEGUIMOS GARANTIR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PRÁTICA?

*“Quem nunca gostou,
sem ser gostado,
feche o primeiro
cadeado.”*

Indispensáveis prolegômenos

Tema espinhoso o direito de ter direitos.

Quais são, hoje, nessa modernidade tardia para os países de capitalismo periférico, ou de pós-modernidade, para aqueles que acreditam nela, os direitos mínimos?

Um ou outro mais preparado e atento pode dizer que guarda certa semelhança com o antigo e perigoso “direito natural”, mas é preciso exorcizar tal equívoco.

¹⁹ *Idem.*

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Direitos mínimos, em um estado democrático de direito burguês – e o estado democrático de direito é sempre um estado democrático de direito burguês – pouco mais significam do que o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Qual a diferença? É uma questão que proponho. Se igualdade, fraternidade e liberdade dão-se apenas entre proprietários, como costuma dizer o professor José Luiz Quadros de Magalhães²⁰, um dos maiores constitucionalistas brasileiros vivo, a liberdade é apenas a de ser proprietário. Restrita a homens, brancos e ricos.

Se a ideia iluminada dos iluministas não é mais incandescente, cumpre que tenhamos claro que não é o estado democrático de direito (burguês) garante de coisa alguma.

A constituição, que não é texto, não pode ser apenas texto, como assevera o brilhantismo ofuscante de Menelick de Carvalho Netto, não garante sequer o salário mínimo capaz de fazer frente às necessidades mínimas do trabalhador e de sua família e, permitam-me, *“nunca antes na história desse país”*, ele esteve em valores nominais, e reais, tão alto. Se ela, Constituição, não garante o mínimo do mínimo, que é a sobrevivência, como pensar possa ela garantir a dignidade?

De que dignidade estamos falando? Se no Direito Constitucional – e aqui quero passar ao longe e ao largo da estéril e por vezes histérica discussão sobre nossa constituição ser normativa ou principiológica – o princípio da dignidade humana pode ser considerado o alicerce de todos os demais – não vejo nenhum problema nisso, embora deva insistir que, entre princípios constitucionais, não seja possível haver hierarquia – e é ele o mais maltratado de todos.

Não sei se me faço entender, mas vamos, em seguida, tentar estabelecer os porquês.

²⁰ Cf., por exemplo, em MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2012.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Das velhas questões irrespondíveis

Desde 1890, com o advento do Código Penal republicano, chamado de “o pior código penal do mundo”, temos o afastamento da pena de morte em tempos de paz (ela existe no Brasil até hoje em caso de guerra declarada²¹), o estabelecimento de cumprimento de pena privativa de liberdade máxima em 30 anos e a progressão no cumprimento das penas.

Logo, nove a cada dez propostas de “endurecimento do sistema penal” em trâmite no Congresso Nacional (e nunca tivemos uma composição tão ruim em ambas as casas, tão retrógrada, tão longe dos desejos da maioria da população) nos fazem voltar no tempo ao tempo do Código Criminal do Império, de 1830, até o ‘pior Código Penal do mundo’. Este é o intervalo de tempo, entre 1830 a 1890, que a maioria das propostas colocadas em discussão em matéria penal nos remete. Temos um instrumento poderoso, republicano e poderoso, a ser utilizado agora em outubro²², basta estarmos atentos.

Diuturnamente a mídia, notadamente a eletrônica, reverbera que “este é o país da impunidade”, que “a polícia prende e a justiça solta” e que já ultrapassamos todos os pontos possíveis de não retorno na política criminal; qualquer que seja o grupo no poder; observem que a política do “tudo penal” desconhece partidos, históricos pessoais, crenças e biografias.

Querem o Talião moderno, coitados, e se conseguirem implementar sua política viveremos em um mundo de cegos e banguelas.

Quais são os direitos mínimos que não têm o mínimo respeito? Por quê?

Segundo a abalizada voz de Salo de Carvalho:

²¹ BRASIL. Art. 5º, inciso XLVIII. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

²² Refiro-me às eleições para presidente, senador, governador e deputados federais e estaduais.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Os discursos neoconservadores de retribuição, dissuasão, incapacitação e neutralização moldaram as teorias da máxima intervenção punitiva nas últimas décadas. Em termos político-criminais, as narrativas do punitivismo foram consumidas e proliferadas pelos movimentos de lei e ordem e de tolerância zero, cujos efeitos, na atualidade, são refletidos nos altos índices de encarceramento mundial.²³

Entendo que a liberdade não é garantida sequer pelo garantismo penal²⁴, que é enxovalhado a cada denúncia recebida por crime de comércio de drogas, exemplificativamente.

Aliás, a política genocida de “guerra”, de “combate” às drogas, não passa de sórdida reserva de mercado aos grandes conglomerados farmacêuticos, mas talvez essa seja outra estória dessa triste história de reprimir para controlar.

O Direito Penal é o direito dos pobres²⁵ por excelência. Melhor explicando: é o direito que alcança os pobres. É, ao mesmo tempo, a política habitacional, educacional e de saúde para as miríades de sem nada. Para os homens jovens, negros ou pardos, de nenhuma ou escassa educação formal, que habitam as periferias e as favelas dos grandes centros urbanos.

A neutralização, via pena privativa de liberdade, tem duração média prevalente de 8 anos e, embora em termos percentuais as mulheres representem menos de 7% de nossa massa carcerária, hoje em quase 600 mil presos²⁶ (isso sem contar o aprisionamento adolescente e os de portadores de sofrimento mental, estes, num total de quase 4 mil) seu aprisionamento cresce em vertiginosa espiral, sobretudo ligado ao comércio de drogas.

Mas o direito mínimo que não conseguimos garantir ao preso e à presa é o de sua integridade física e mental, ou em pouquíssimas palavras: direito de não ser torturado.

Aqui não me refiro à tortura do filho que fica sem pai e nem mãe, ou mesmo da destruição que o cárcere produz, inexoravelmente, na família do preso e da presa. Digo da tortura em si. Desde o infamante tapa na cara, quando da

²³ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, SP: Saraiva, 2013, p. 113.

²⁴ Cf. FERRAJOLI, L. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Roma-Bari, Laterza, 1989.

²⁵ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

²⁶ Dados do DEPEN, disponíveis em no sítio do Ministério da Justiça na internet.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

abordagem policial, a espancamentos brutais, privação de roupas, água e alimentos, sevícias sexuais, afogamentos em vasos sanitários e sua modalidade mais “limpa”: asfixia em sacos plásticos.

Por que não conseguimos garantir que a tortura fosse varrida para uma sala do museu de horrores?

Arrisco a dizer que é porque grande parte da população concorda com esse tipo de comportamento bárbaro contra os bárbaros que não têm limite – não têm sequer esperança, como ter limites? – e infringem a lei penal.

Quantas vezes nós mesmos não pensamos que determinadas pessoas não têm jeito, “só matando mesmo”?

Quanto de nós já não pensamos, em momento de ira ou cegos de ódio, fazer a vingança pessoal?

Este tipo de raciocínio é que reforça a vingança estatal. Os maus-tratos contra presos e presas. Um Judiciário de baixa qualidade. Um Ministério Público que se compraz em fazer condenações e não justiça e advogados que vendem a própria alma, até aqueles que acreditam nela, por um preço milimetricamente superior ao mínimo estabelecido na tabela de honorários da OAB - Ordem dos Advogados do Brasil.

Penso que o problema da não efetivação das garantias mínimas está dentro de nós mesmos. Dentro de nosso inconsciente quando nada. Nebulosa escondida dentro de nossas pulsões de morte.

Obviamente que nós, que discutimos questão tão árdua, que militamos cotidianamente contra o caudaloso curso do senso comum, nós temos menos responsabilidade nisso do que muitos outros, mas adiamos a felicidade futura se não confessarmos nossa derrota coletiva, ainda que temporária.

Vivemos em uma sociedade dividida em classes na qual uns poucos se locupletam do desespero de muitos. Ela só pode funcionar assim: neutralizando os jovens pobres que não se enquadram a uma vida mínima, sobrevivendo com o mínimo a vida toda. Sem chances. Sem horizontes. Sem esperança. Para essa massa enorme de sem nada o cárcere é o único porto possível. A única “saída”. O único “remédio”.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Qual a doença?

A tragédia de não nos reconhecermos no outro. De não nos importarmos com o outro é o combustível que mantém funcionando o motor da exploração dos que têm tudo – exceto vergonha – contra os sem nada, sequer a esperança.

3 CONCLUSÕES

O que podemos fazer? A saída é sempre pela porta, ensinava Confúcio há tempos.

Mas que porta podemos abrir diante de tantos muros altos, cercas elétricas, vigilantes privados armados e concertinas?

A porta da solidariedade. Diferente do caridoso, o solidário pode, ou não, crer em Deus ou deuses. A primeira tarefa é esquecer a conduta típica que foi praticada, por mais difícil que seja ela (penso, nesses casos, em um estupro de vulnerável seguido de morte) e concentrar-se naquele que a praticou. Ver o que pode ser feito por aqueles, amigos e familiares, que mesmo não tendo cometido conduta típica alguma são considerados “criminosos” pelo “contágio” dos parentes ou amigos que cometeram aquilo que a classe dominante de certa época e coordenada geográfica irá dizer que é crime. Ver o que pode ser feito por aqueles que ficaram do lado de fora do cárcere.

Visitar prisões, isoladamente, não é tarefa simples. Os guardas estão ali exatamente para que ninguém saia e, sobretudo, para que não entre sequer a mínima esperança, por anímica que seja.

Em todas as cadeias públicas, presídios e penitenciárias, familiares e amigos de presos e presas são virados do avesso nas revistas vexatórias exatamente para que não voltem. São maltratados para não “dar mais serviço ao meu plantão”. Esse discurso é assumido pelos agentes. É corroborado pelos diretores de segurança e gerais. Se fossem ouvidos e tivessem um poder de mando verdadeiro, não permitiriam visitas. Mas no poder barato que têm exercitam uma maldade perversa, contra amigos e familiares nos finais de semana e contra presos e presas diuturnamente.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

Se estivermos organizados a coisa é diferente. O espaço para a tortura e o arbítrio diminuem.

Só consigo enxergar o futuro, com meus otimistas olhos míopes, se estivermos organizados. Dessa forma a tarefa urgente de garantir a dignidade da pessoa humana na prática parece menos impossível.

Podemos ousar e vencer essa luta, mas só se a lutarmos juntos.

PELO FIM DOS MANICÔMIOS E DAS PRISÕES!

ANISTIA! TODO PRESO (AINDA) É PRESO POLÍTICO!

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BAUMAN, Z. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRASIL. Art. 5º, inciso XLVIII. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BRASIL. Art. 5º, XLIII. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1998.

BRASIL. **Lei 9.455 de 1997**.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, Área Técnica de Saúde no Sistema Penitenciário. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. Coordenação-Geral de Combate à Tortura. **Plano de Ações Integradas para a Prevenção e o Combate à Tortura no Brasil**. 2011. Em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5294>>. Acesso em 15 de nov. 2014.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, SP: Saraiva, 2013

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. Roma-Bari, Laterza, 1989.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: RT, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2012.

NIGEL, Rodley. Prefácio. In: Dunér, Bertil. **An End to Torture**. Londres: Zed Books, 1998.

PAVARINI, Massimo. **A penalogia do grotesco**. Università degli studi di Lecce, Centro di Studi sul Rischio, mimeo, 2003.

PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 1 – nº 1 – Jan./Jun. de 2014	Trabalho 06 Páginas 77-92
Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG	
http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional	periodicoscesg@gmail.com