

DILEMA DO PRISIONEIRO: PRISÃO CAUTELAR E TORTURA

PRISONER'S DILEMA: PRE-TRIAL DETENTION AND TORTURE

Antonio Sergio Altieri de Moraes Pitombo

Pós-Doutor pelo Ius Gentium Conimbrigae (Univ. de Coimbra). Advogado. Doutor e Mestre em D. Penal (USP).

ORCID: 0000-0001-7385-7767

apitombo@mpp.adv.br

Resumo: O artigo trata da questão da decretação de prisão cautelar como instrumento de agentes da Justiça Criminal para influir na autodeterminação do preso quanto à ampla defesa, constringendo-o a barganhar direitos, por meio de colaboração processual. Discute-se se a teoria do dilema do prisioneiro não se exhibe uma forma de tortura psicológica, sob a perspectiva dos tratados internacionais.

Palavras-chave: Dilema do Prisioneiro, Teoria dos Jogos, Prisão Cautelar, Colaboração Processual, Tratados internacionais, Tortura psicológica.

Abstract: The article has a discussion about pre-trial detention and psychological torture. The Criminal Justice can not use the pre-trial detention as a tool to pressure the prisoner to make a deal. *The Prisoner's dilemma* can be considered torture according International treaties.

Keywords: Prisoner's dilemma, Game Theory, Pre-trial detention, Criminal Deal, International treaties, Psychological torture.

A política e a economia se encantaram no pós-guerra com a denominada teoria dos jogos, em especial na evolução aos estudos de **John Nash**, com o jogo não cooperativo dilema do prisioneiro (1950), elaborado por **Melvin Dresher** e **Merril Flood**.

O jogo do dilema do prisioneiro importa aos estudiosos do processo penal, os quais se dedicam à pesquisa da colaboração premiada, pois se desenvolve a contar do silêncio, ou delação, de dois prisioneiros, em que cada um pode optar em falar, se calar ou acusar ao outro no interrogatório.

Não obstante a relevância dos efeitos dos diferentes comportamentos de ambos os presos para a análise econômica, o jurista precisa refletir se o Estado pode tratar dois indivíduos de forma a induzi-los a agir na autodefesa desse ou daquele modo. É necessário ponderar se, do ponto de vista jurídico, a pressão criada por agentes públicos, mediante a combinação de prisão cautelar e promessas de acordo de colaboração processual, pode constituir ato ilegal e violador de direitos universais dos presos.

Essa reflexão há de passar pelo breve rememorar dos documentos internacionais quanto ao sentido de prisão e de tortura de índole psicológica. Vejamos alguns exemplos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, trouxe a legalidade como instrumento de proteção aos direitos individuais, com particular valorização da lei no campo penal (Preâmbulo e art. 8º), o que permite interpretar a importância do princípio, também, para o processo criminal.

Em 1864, os prisioneiros de guerra foram objeto de proteção do direito humanitário, por meio da Convenção de Genebra, porém, ampliou-se a tutela à dignidade humana no tocante a tais presos, mediante a Convenção de Genebra de 1929, onde se lê que devem "ser tratados humanamente e protegidos contra atos de violência, insultos e a curiosidade pública" (art. 2º) e "têm direito de ser respeitados em sua pessoa e em sua honra" (art. 3º).

Foram as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, no entanto, que conscientizaram a humanidade de que "ninguém será submetido a tortura, nem tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante"

(art. V, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 18 de junho de 1948).

A seu turno, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto Legislativo 226/91) reforçou a determinação internacional: "ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas" (art. 7º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966).

No âmbito regional, o direito brasileiro sofreu profunda influência do **Pacto de San José da Costa de Rica**, datado de 22 de novembro de 1969, promulgado pelo Decreto 678/92, no qual se firmou: "ninguém deve ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano" (art. 5º, item 2, do **Pacto de San José da Costa de Rica**). Ainda, no plano regional, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, de 1981, assentou: "Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do Homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física e moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos" (art. 5º, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos).

O passo mais importante de proteção aos presos sedimentou-se, no entanto, na Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, ao se introduzir conceito amplo de tortura, assim considerado "qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões" (art. 1º, da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 27 de junho de 1987).

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana para prevenir

e sancionar a tortura, de 07.12.85, declarou a vedação a "todo ato pelo qual são inflingidos 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 penal ou qualquer outro fim" (art. 2º, da Convenção Interamericana para prevenir e sancionar a tortura).

Em verdade, aludidos documentos internacionais assentam a perspectiva kantiana de que o indivíduo deve ser tratado como sujeito, não como objeto, o que implica lhe reconhecer a capacidade de se autodeterminar.

Ao se privar a liberdade, transformando a prisão cautelar (v.g., art. 312, do CPP) em meio de coação estatal para que o indivíduo confesse, ou colabore com o processo-crime, deixa-se de tratá-lo como sujeito, pois impedido de exercitar as opções da existência, inclusive aquelas inerentes ao direito de defesa (art. 5º, LV, da CR).

Esta capacidade de decidir sobre como se comportar e de qual destino conferir à própria vida apresenta características da dignidade da pessoa humana, valor jurídico tutelado como fundamento da República (art. 1º, III, da CR).

O texto constitucional reproduziu os documentos internacionais e, com a mesma ênfase, firmou "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (art. 5º, III, da CR). Ademais, considerou a tortura crime inafiançável, bem assim insuscetível de graça e indulto (art. 5º, XLIII, da CR).

Mas, para não dar margem a dúvidas, a Constituição da República estabeleceu a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, da CR) e reconheceu a aplicabilidade dos tratados internacionais no direito interno, sendo estes instrumentos jurídicos aptos a estender o rol de direitos e garantias individuais do direito pátrio (art. 5º, parágrafo 2º e 3º, da CR).

Pode-se asseverar que a prisão cautelar, quando utilizada como mecanismo de se extrair confissão e, em especial, de se coagir a colaborar com investigação, ou processo criminal, não é, tão somente, ato sem base legal, praticado na persecução penal. Trata-se de ato repudiado pelo direito internacional público e pelos princípios da Constituição da República.

Nem juízes, nem acusadores públicos podem assentir com a possibilidade de prisão cautelar tornar-se expediente injusto para degradar, física e moralmente, determinados indivíduos.

Nesse sentido, a Lei de Abuso de Autoridade tipificou a infração penal de constranger preso, ou detento, por meio da redução de sua capacidade de resistência, a produzir prova contra si mesmo (art. 13, III, da Lei 13.869/19). Já se conhecia o tipo penal da tortura, cuja eficácia para a hipótese claudica faz anos, dadas as interpretações ao significado de grave ameaça (art. 1º, I, "a", da Lei 9.455/97). Daí a relevância do novo dispositivo legal quanto à arbitrariedade de agente público.

Atualmente, não se usam apenas meios para ferir a integridade física, voltados a alcançar o mencionado objetivo ilegal de

autoincriminação. Hoje, se combinam a angústia, o estresse e a humilhação, como instrumentos de pressão psicológica capazes de reduzir a capacidade volitiva do indivíduo, obrigando-o a fazer o que não quer e a lei não lhe obriga (art. 5º, II, da CR).

A angústia ocorre desde o começo da *persecutio criminis* nas ordens de prisão cautelar de determinadas operações policiais, quando todos os presos recebem informações de que a única maneira de serem libertados com brevidade se exhibe a confissão, ou a colaboração premiada.

Muitas vezes, isto é deixado claro pelas manifestações públicas daqueles envolvidos com a condução da persecução penal, bem como pela publicidade dada à prisão cautelar de conjunto, ou dupla, de investigados.

Por óbvio, a colaboração processual precedente, em alguns casos de repercussão, tem como escopo exemplificar aos demais investigados, o *modus operandi* adotado pelos agentes públicos para a persecução criminal.

Observe-se que o estresse a que são submetidos os investigados não se limita ao fato de estarem presos por ordem judicial cautelar. Mas, compõe-se ambiente na carceragem da polícia judiciária em que todos os presos em investigação criminal se veem obrigados a conviver num clima onde o primeiro que delatar tem maiores chances de alcançar a liberdade, ou a redução de suas penas.

Para tanto, faz-se propagação indevida entre os presos de interpretação torta do artigo 4º, da Lei 12.850/13, o que torna a prisão coletiva de presos provisórios num meio de opressão, pois cada qual espera ser delatado pelo companheiro de cela, o

qual há de assinar qualquer confissão, diante do flagelo psicológico que padece.

Ainda, para maior perplexidade, assiste-se ao vazamento de informações à imprensa, o que integra o quadro do tormento, porque os presos cautelares passam a encontrar as famílias sob pressão insuportável, diante do conta-gotas de notícias a apresentá-los à sociedade como os bandidos da vez.

Ora, se o preso cautelar não pode ser tratado de forma desumana, nem o inocente pode sofrer em virtude de coação estatal de essência degradante, as prisões processuais de investigados em operações policiais podem ostentar finalidade contrária à lei e configurar trato desumano aos indivíduos ali presos, demonstrado o propósito ilegítimo de alcançar confissão, ou de compelir à colaboração processual.

As más experiências que agora chegam ao conhecimento do grande público quanto à alcinhada Operação Lava Jato convidam à reforma da Lei 12.850/13, pois a proteção jurídica do preso cautelar precisa ser ampliada para se garantir a ele tratamento digno e possibilidade real de se autodeterminar quanto à sua defesa no âmbito da persecução penal.

A vida de cada ser humano e respectivo destino não se apresentam como um jogo para a Justiça Penal.

*O PRESO CAUTELAR NÃO
PODE SER TRATADO
DE FORMA DESUMANA,
NEM O INOCENTE PODE
SOFRER EM VIRTUDE
DE COAÇÃO ESTATAL DE
ESSÊNCIA DEGRADANTE*

NOTAS

¹ Texto em homenagem ao Advogado e Professor René Ariel Dotti, jurista cujo espírito de reformador do direito e do processo penal merece ser conservado entre todos

aqueles que almejam a legislação brasileira condizente aos valores constitucionais e aos direitos individuais reconhecidos em tratados internacionais.