



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

Sumário

3 | EXPEDIENTE

5 | APRESENTAÇÃO

7 | ENTREVISTAS
1-) Ivan Luís Marques entrevista **Bruno Shimizu**
2-) Lucas Minorelli e Antônio Martins-Costa entrevistam **Giovani Agostini Saavedra**
3-) Lucas Minorelli e Guilherme Ceolin entrevistam **Ruth Maria Chittó Gauer**

38 | ARTIGOS
1-) Justicia Penal Interamericana: el Sinalagma de Convencionalidad en Argentina
Eduardo Bernabé Toledo
2-) Busca e apreensão: o regime jurídico de Argentina, Inglaterra e Itália
Brenno Gimenes Cesca e Gregório E. R. Selingardi Guardia

3-) Audiência de custódia e seus (in)sucessos: breves críticas a seus descompassos práticos
Camila Maués dos Santos Flausino

4-) Perspectiva jakobsiana do direito penal e da pena: serão possíveis contribuições para a contenção da tutela penal?
Jéssica Thais de Lima

5-) Seletividade criminal e direito penal econômico: da escola contratualista à crítica
Fernanda João Matheus Vilela Marcondes Rossi

6-) As músicas militares e a institucionalização da tortura pelos órgãos de segurança pública
João Vicente Capello Rezende

7-) A tortura na jurisprudência brasileira: uma análise dos critérios para a desclassificação do crime de tortura
Priscila Coelho

154 | CONTO
Retrato
Mariana Salomão Carrara



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

Expediente

Diretoria Executiva

Presidente:

Cristiano Avila Maronna

1ª Vice-Presidenta:

Eleonora Rangel Nacif

1º Secretário:

Renato Stanziola Vieira

2º Secretário:

Carlos Roberto Isa

1º Tesoureiro:

Edson Luis Baldan

2º Tesoureiro:

Bruno Shimizu

Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:

André Adriano Nascimento da Silva

Assessora da Presidência:

Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Presidente:

Andre Pires de Andrade Kehdi

Membros:

Carlos Alberto Pires Mendes

Helios Alejandro Nogués Moyano

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Sérgio Salomão Shecaira

Ouvidor:

Rogério Fernando Taffarello



Publicação do
Instituto Brasileiro
de Ciências Criminais

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae:

Maurício Stegmann Dieter

Atualização do Vocabulário

Básico Controlado:

Roberto Portugal de Biazi

Biblioteca:

Renato Watanabe de Moraes

Boletim:

Fernando Gardinali Caetano Dias

Comunicação:

Gabriel de Freitas Queiroz

Concessão de Bolsas de Estudos e Desenvolvimento Acadêmico:

Silvio Luiz de Almeida

Convênios:

João Paulo Martinelli

Cursos:

Yuri Felix

Estudos e Projetos Legislativos:

Luis Guilherme Mendes de Paiva

Estudos Sobre *Habeas Corpus*:

Alberto Zacharias Toron

Infância e Juventude:

Mariana Chies Santiago Santos

Iniciação Científica:

Natália Macedo Sanzovo

Jornal de Ciências Criminais:
Marina Pinhão Coelho Araújo

Justiça e Segurança Pública:
Dina Alves

Mesas de Estudos e Debates:
Maurides de Melo Ribeiro

Monografias:

Frederico Normanha de Almeida

Núcleo de Pesquisas:

Juliana de Oliveira Carlos

Política Nacional de Drogas:

Luis Carlos Valois

Revista Brasileira de Ciências Criminais:

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Revista *Liberdades*:

Ivan Luis Marques da Silva

Sistema Prisional:

Paulo Cesar Malvezzi

22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais - IBCCRIM:

Frederico Normanha de Almeida

24º Seminário Internacional:

Silvio Luiz Almeida

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos Sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos:

César Mortari Barreira

Grupo de Estudos Sobre Escolas Penais:

Natália Macedo Sanzovo



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

Comissão Especial IBCCRIM Coimbra

Presidente:

Rafael Serra de Oliveira

Equipe do IBCCRIM:

Supervisão Geral:

Luciana Zaffalon

Equipe:

Fernanda Costa Barreto

Núcleo Administrativo Financeiro:

Supervisão:

Roberto Seracinskis

Equipe:

Andrea Pereira dos Santos

Alexandre Soledade de Oliveira

Camila dos Santos Silva

Eliane Yanikian

Nadir Fernandes Almeida Silva

Priscila Nicastro

Vanessa dos Santos Lima

Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política:

Supervisão:

Carolina Diniz

Equipe:

Gabriel Elias

Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca:

Supervisão:

Helena Curvello

Equipe:

Anderson Fernandes Campos

Natalí de Lima Santos

Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação:

Supervisão:

Cristina Uchôa

Equipe:

Harumi Visconti

Rodrigo Pastore

Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação:

Supervisão:

Allyne Andrade

Equipe:

Andreza Martiniano da Silva

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Tânia Andrade

Núcleo de Publicações:

Supervisão:

Willians Meneses

Equipe:

Rafael Vieira

Taynara Lira



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

Coordenação da Revista *Liberdades*

Coordenador-Chefe

Ivan Luis Marques da Silva

Coordenadores-Adjuntos

Alexandre de Sá Domingues

Giancarlo Silkunas Vay

João Paulo Onsin Martinelli

Maíra Zapater

Maria Gorete Marques de Jesus

Thiago Pedro Pagliuca Santos

Conselho Editorial

Alexandre Moraes da Rosa

Alexis Couto de Brito

Amélia Emy Rebouças Imasaki

Ana Carolina Carlos de Oliveira

Ana Carolina Schwan

Ana Paula Motta Costa

Anderson Bezerra Lopes

André Adriano do Nascimento

Silva

André Vaz Porto Silva

Antonio Baptista Gonçalves

Bruna Angotti

Bruna Rachel Diniz

Bruno Salles Pereira Ribeiro

Camila Garcia

Carlos Henrique da Silva Ayres

Christiany Pegorari Conte

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Dalmir Franklin de Oliveira Júnior

Daniel Pacheco Pontes

Danilo Dias Ticami

Davi Rodney Silva

David Leal da Silva

Décio Franco David

Eduardo Henrique Balbino Pasqua

Fábio Lobosco

Fábio Suardi D' Elia

Francisco Pereira de Queiroz

Fernanda Carolina de Araujo Ifanger

Gabriel de Freitas Queiroz

Gabriela Prioli Della Vedova

Gerivaldo Neiva

Giancarlo Silkunas Vay

Giovani Agostini Saavedra

Gustavo de Carvalho Marin

Humberto Barrionuevo Fabretti

Janaina Soares Gallo

João Marcos Buch

João Victor Esteves Meirelles

Jorge Luiz Souto Maior

José Danilo Tavares Lobato

Karyna Sposato

Leonardo Smitt de Bem

Luciano Anderson de Souza

Luis Carlos Valois

Marcel Figueiredo Gonçalves

Marcela Venturini Diorio

Marcelo Feller

Maria Claudia Giroto do Couto

Matheus Silveira Pupo

Maurício Stegemann Dieter

Milene Cristina dos Santos

Milene Maurício

Nidival Bittencourt

Peter Schweikert

Rafael Serra Oliveira

Renato Watanabe de Moraes

Ricardo Batista Capelli

Rodrigo Dall'Acqua

Ryanna Pala Veras

Vitor Burgo

Yuri Felix





Apresentação

Iniciando seu processo de mudança em busca de aprimoramento científico, a Revista Liberdades nº 24 apresenta três entrevistas, um conto e sete artigos.

Bruno Shimizu apresenta, em detalhes, sua percepção a respeito da violência institucional do aprisionamento. O discurso do cárcere ganha contornos reais e humanos com o senso crítico do entrevistado levando nosso leitor pela mão ao expor a fragilidade, amadorismo e má-fé do Estado em lidar com uma realidade que desconhece: o sistema prisional. Trata-se de leitura obrigatória para todos os que ousarem percorrer o tema das prisões em busca do desenvolvimento de políticas públicas e trabalhos científicos.

A segunda entrevista foi feita por **Lucas Minorelli** e **Antônio Martins-Costa**. O entrevistado foi **Giovani Agostini Saavedra**, que nos apresenta as suas dificuldades pessoais para desenvolver sua pesquisa na Alemanha, a diferença entre a postura acadêmica brasileira e a germânica. Ressalta a relevância da Filosofia para o estudo das ciências criminais e encerra o diálogo falando do *criminal compliance* no Brasil.

Nossa terceira entrevista foi conduzida por **Lucas Minorelli** e **Guilherme Ceolin**. Eles tiveram a honra de entrevistar **Ruth Maria Chittó Gauer**. No início, a Professora fala de sua tese de doutorado que fala da tradição da Universidade de Coimbra e a sua influência na formação da dos cursos superiores no Brasil. Também é objeto da entrevista o papel do Direito Penal diante da complexidade social da violência que ganha dimensões que ultrapassam qualquer racionalidade.

Na seção ARTIGOS, temos a análise de **Camila Maués dos Santos Flausino** tratando da - Audiência de custódia e seus (in)sucessos - Breves críticas a seus descompassos práticos. A autora expõe as dificuldades práticas que afetam a eficácia da audiência de custódia idealizada nos moldes atualmente delineados pelos documentos internacionais versantes sobre direitos humanos e pela Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Eduardo Bernabé Toledo, com seu artigo - Justicia Penal Interamericana: el Sinalagma de Convencionalidad en Argentina, explica que a República Argentina ratificou muitos tratados internacionais que protegem os direitos humanos e seu artigo busca demonstrar a influência desses documentos no ordenamento jurídico nacional. Discute a convencionalidade como mecanismo de controle de efetividade dos diplomas internacionais.

Jéssica Thais de Lima brinda o leitor com uma perspectiva jakobsiana do direito penal e da pena e pergunta: serão possíveis contribuições para a contenção da tutela penal? A autora procura descobrir pontos na teoria Jakobsiana sobre a contenção da expansão da tutela penal. Para isso, identificou a função do Direito Penal e a finalidade da Pena na perspectiva funcionalista sistêmica de Günter Jakobs.

João Matheus Vilela Marcondes Rossi traça uma linha temporal desde a Escola Contratualista até a Escola Crítica e os escritos de Sutherland, e analisa a origem, o desenvolvimento e a consolidação da seletividade criminal no nosso sistema punitivo em seu artigo "Seletividade criminal e direito penal econômico: da escola contratualista à crítica".



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



João Vicente Capello Rezende, pesquisador da Comissão da Verdade da Universidade de São Paulo, presenteia o nosso leitor com um tema muito interessante: As músicas militares e a institucionalização da tortura pelos órgãos de segurança pública. O autor explica que nesta segunda década do século XXI alguns Estados democráticos continuam utilizando a tortura como forma de punição ou para obter informações sobre crimes e contextualiza as músicas utilizadas nos treinamentos militares como instrumento de facilitação da formação de uma cultura violenta por parte dos policiais, fazendo com que a tortura seja praticada de forma institucionalizada pelos órgãos de segurança pública.

Fechando a seção artigos, **Paula Nunes Mamede Rosa** publica - A tortura na jurisprudência brasileira: uma análise dos critérios para a desclassificação do crime de tortura. Excelente trabalho da autora que busca analisar o que o Poder Judiciário considera como tortura, através da análise de decisões judiciais desclassificadoras de segunda instância.

Mariana Salomão Carrara encerra a edição, na seção de CONTOS, com “Retrato”, no qual escancara o trauma de uma criança que presenciou um assassinato e relembra o fatídico dia quando estoura um vidro de ketchup em sua noite de natal. Crítica apresentada em segundo plano, escancarando a indiferença social com a cruel realidade de quem convive com extermínios institucionais e precisa continuar respirando.

Boa leitura!

Editor-chefe em 2017.



Ivan Luís Marques entrevista Bruno Shimizu*

Para acessar o vídeo da entrevista, clique aqui!

Ivan Luís Marques (IM): Olá, amigos, meu nome é Ivan Luís Marques, sou editor-chefe da Revista Liberdades, e recebo hoje para nossa entrevista Bruno Shimizu. O Dr. Bruno Shimizu é mestre e doutor em Criminologia e Direito Penal pela Universidade de São Paulo; graduado também na Universidade de São Paulo; Defensor público aqui no Estado de São Paulo; compõe a atual diretoria do IBCCRIM no biênio 2017/2018; foi presidente da Comissão de Sistema Prisional de 2014 a 2016; coordenador do Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria de 2012 a 2016. O que lhe dá bastante bagagem para tratar do tema que iremos discutir hoje que é, justamente, a crise do sistema carcerário. Dr. Bruno, obrigado pela sua presença. É uma honra entrevistá-lo, algo que eu já buscava há algum tempo, fiquei muito feliz que você aceitou nosso convite! Conte um pouquinho, para os nossos leitores, para quem está nos assistindo, a respeito da sua carreira acadêmica e profissional.

Bruno Shimizu (BS): Bom, antes de qualquer coisa, eu quero agradecer o convite! Fiquei muito honrado por ter sido convidado pela *Revista Liberdades*, principalmente pelo Ivan, meu amigo, que me ajuda muito. Sobre a minha trajetória, acho que foi muito normal até eu me interessar pelo sistema prisional. Entrei na faculdade de Direito da USP em 2002, durante a faculdade comecei a me interessar por Direito Penal, Dogmática etc. Conheci o IBCCRIM, na verdade, eu descobri o mundo das Ciências Criminais, a partir dessa ótica dos Direitos Humanos, com o IBCCRIM, que descobri por meio da faculdade. Vim fazer o Laboratório aqui em 2004/2005, desde então não saí mais do IBCCRIM, me formei e emendei o mestrado, onde eu pesquisei as facções prisionais, isso porque na época eu já havia iniciado os estudos de Criminologia, na graduação ainda. Comecei a fazer parte de um grupo do Prof. Augusto de Sá, que é o GDUCC, o Grupo de Diálogo Universidade, Cárcere e Comunidade, um grupo que busca reintegração social, na verdade, busca estratégias, métodos de integração social dentro do cárcere e a reintegração social a partir de uma ótica crítica, não aquela ideia de ressocialização, mas uma ideia de aproximação verdadeira entre a população encarcerada e não encarcerada da sociedade. Então a partir desse grupo eu comecei a conhecer o sistema prisional, tive minhas primeiras visitas ao sistema prisional, minhas primeiras conversas com os presos e aí você tem aquela grande surpresa de que as pessoas encarceradas **são** pessoas como nós. Toda aquela mistificação que se faz sobre a vida do preso quando você só tem acesso à realidade pela mídia, ou pelo senso comum, se quebra completamente na primeira vez que você entra em uma unidade prisional e tem o convívio com aquelas pessoas. A partir daí meu interesse foi se aprofundando, entrei no mestrado já estudando as facções, que era uma coisa que aparecia muito nessas visitas, e também na graduação eu comecei a fazer estágio na Defensoria Pública do Estado de São Paulo, trabalhava no Tribunal do Juri, na época, como estagiário, e também me apaixonei pela defesa criminal. Me formei na faculdade sabendo que eu queria seguir uma carreira acadêmica, estudando o sistema prisional, e queria ser defensor público do Estado. Entrei no concurso em 2009, já estava no mestrado, defendi o mestrado e logo depois fui pro doutorado,

* Créditos:

- Transcrição da entrevista: Taynara Lira, Núcleo de Publicações IBCCRIM.
- Gravação: Harumi Visconti e Rodrigo Pastore, Núcleo de Comunicação IBCCRIM.
- Edição e finalização: Rodrigo Pastore, Núcleo de Comunicação IBCCRIM.



onde eu fui pesquisar a criminologia psicanalítica, o que já se produziu em criminologia psicanalítica a partir de um viés libertário, que é um viés não legitimador da punição. Dentro da Defensoria, depois de três anos de Defensoria, acabei ocupando junto com o Patrick e a Verônica, defensores que são meus amigos e que também desenvolvem uma carreira acadêmica, o Núcleo de Situação Carcerária, onde a gente coordenou o núcleo. Nossa principal função era fazer inspeções nos locais de aprisionamento, então acabei conhecendo muito bem o sistema carcerário, por conta dessas inspeções no estado inteiro. Juntando com as visitas de atendimento aos presos em Centros de Detenção Provisória, e com as audiências criminais e as defesas criminais nos fóruns criminais, acabaram me dando uma dimensão, uma visão razoavelmente panorâmica sobre o sistema prisional. Acho que aí chegamos aqui, ingressei agora na Diretoria Executiva do IBCCRIM, e estamos aí tentando lutar contra a corrente, contra esse processo de encarceramento em massa da pobreza que muito provavelmente é o pior problema de Direitos Humanos que a gente enfrenta no Brasil hoje.

IM: Dr. Bruno Shimizu, acompanhando sua evolução científica e suas publicações, sempre tive uma curiosidade, me chamou muito a atenção que o título dos seus trabalhos sempre tem alguma palavra relacionada a percepções humanas, sentimentos, como “Solidariedade no mestrado, mal-estar no doutorado”. Achei isso bem interessante, bem diferente do que a gente acompanha, justamente porque quando o autor está escolhendo o título, que é algo importante, do seu trabalho, que vai refletir o seu trabalho, você já teve essa preocupação independente de perder o caráter científico do seu trabalho. Conta um pouquinho pra gente, como foi essa ideia de incluir esses sentimentos no título? E a importância que você enxerga nisso para o aprimoramento científico.

BS: Legal! Realmente! Essa pergunta é bem cirúrgica. Realmente é minha preocupação desde o começo, desde que eu comecei a estudar, na verdade, desenvolver algum trabalho científico, a minha preocupação sempre foi e continua sendo deixar de lado o aspecto subjetivo, a subjetividade que existe no sistema prisional. Os profissionais do Direito, e mais os das Ciências Sociais, quando eles estudam o sistema prisional, normalmente o que sai desse estudo, a conclusão desse estudo, sempre vai no sentido do trágico, de uma tragédia. Mas há um sofrimento nessa tragédia, em relação ao qual a discussão acadêmica atual não consegue dar voz, o sofrimento subjetivo na prática do aprisionamento, do extermínio, da própria ação da violência institucional, tudo isso acaba ficando de lado quando a gente estuda estatística. Tem aquela famosa frase do Stalin: “Uma morte é uma tragédia, milhares de mortes são estatística”. Justamente, a força das ciências “psi”, e eu me aproximei da psicanálise por uma questão de interesse pessoal, a força dessas ciências “psi” é justamente resgatar o sofrimento que está por trás dessa dimensão do trágico. O que faz com que... eu discordo dessa visão que muitas pessoas têm de que afetaria o caráter científico do trabalho, acho que não afeta o caráter científico do trabalho, acho que a subjetividade ela é um objeto de estudo também pelo método científico. Por outro lado, ela cobre uma lacuna, que é esse discurso, o discurso daquele que sofre uma violência institucional. Então quando eu escrevi o mestrado, e a minha ideia no mestrado era usar um texto dos anos 1920 do Freud, que é o “Psicologia das massas”, traduzido como “Psicologia de grupo e análise do ego”, para tentar entender o fenômeno das facções prisionais no Brasil de hoje. Óbvio que não é um transplante irresponsável, mas aquelas bases teóricas da psicanálise me parece que conseguiriam dar algumas respostas que as Ciências Sociais e que a própria Criminologia não estavam dando em relação a esse fenômeno. O que exatamente, enfim, qual é o centro da minha pesquisa do mestrado que eu acho que é mais importante? Sempre se estudou o CPP, o Comando Vermelho, como crime organizado, a ideia de crime organizado que está na Convenção de Palermo, que está agora na Lei do Crime Organizado, na lei brasileira do crime organizado, essa definição de crime organizado leva em conta ou o



modelo mafioso ou o modelo empresarial, que lê aquele ajuntamento de pessoas voltado para a prática de crimes como um fenômeno racional dessas pessoas, elas se associam para incrementar e/ou facilitar a prática dos crimes. Não era isso o que a gente via nas facções prisionais, as facções prisionais, em primeiro lugar, não surgem para prática de crimes, a história do PCC, a história do Comando Vermelho e do PCC que surge em 1993 no estado de São Paulo, quando é escrito o estatuto do PCC, com os objetivos sociais do PCC, ele é um lugar onde se encontra a prática de crimes, mas em primeiro lugar está: evitar que o massacre do Carandiru, que tinha acontecido menos de um ano antes, se repetisse, então “estamos nos juntando para evitar que uma tragédia como aquela que aconteceu em 02 de outubro de 92 se repita”, isso está no estatuto do PCC. Não por acaso o PCC nasce no Piranhão, que hoje está desativado, mas que era um estabelecimento prisional anexo ao Manicômio judiciário, a Casa de Custódia de Taubaté, conhecido pela prática de tortura, então os presos que eram tidos como problemáticos eram encaminhados para lá, onde eles eram submetidos a diversas revistas, torturas etc, e um dos objetivos do PCC era a interdição, portanto, fechamento dessa unidade prisional, que acabou sendo fechada. Então entender o PCC como o crime organizado empresarial mafioso, como esse ajuntamento para a prática de crimes, de forma racional, é equivocado. A gente tentar transportar o modelo mafioso, ou o modelo empresarial, do crime organizado para o PCC é algo completamente equivocado, e, não por acaso, todas as medidas político-criminais de combate às facções prisionais no estado de São Paulo ou no Brasil ou nos estados do Norte e Nordeste estão dando errado. Por quê? Isso Freud dizia, aí entra a psicanálise e todas as pesquisas dentro da psicanálise sobre a psicologia das massas, o comportamento da massa, e a minha conclusão do trabalho é que o PCC se aproxima muito mais de uma massa do que de uma organização criminosa, mas o comportamento da massa nesse sentido psicanalítico. A massa em sentido psicanalítico seria o ajuntamento de pessoas identificadas do ponto de vista subjetivo, por meio da adesão a uma imagem, ou a um líder, então o comportamento da massa é, por essência, menos racional, há um rebaixamento do nível de consciência. Então o enfrentamento da massa tem como consequência o recrudescimento dessa própria massa, não há um instinto de preservação até porque a psicanálise coloca como uma das características centrais de uma massa o sentimento de onipotência. Hoje, se houvesse uma guerra civil entre as organizações ditas “criminosas”, o PCC, as facções prisionais e as forças de segurança, provavelmente haveria um banho de sangue e os presos seriam exterminados, mas isso não significa que eles vão recuar, não significa que uma massa vá recuar, que uma massa vai ceder a tentativas de enfrentamento. Então toda essa pesquisa, essa ideia de trazer a subjetividade, o que eu tentei demonstrar na pesquisa de mestrado é que essas organizações ditas “criminosas”, os comandos prisionais, surgem não por conta de uma demanda racional para a prática de crimes e obtenção de lucro ilícito, mas muito por conta de uma identificação entre os próprios presos colocados na mesma situação de sofrimento, degradação e injustiça. Isso leva a uma identificação entre os presos que é o que está na origem da ideia de gregarismo, de solidariedade entre os presos. Quando você entra em uma unidade prisional, eu nunca vi fora de unidades prisionais demonstrações tão grandes de solidariedade entre as pessoas como eu vi nas unidades prisionais. Já entrei em uma unidade prisional, por exemplo, onde tinha um menino que estava com uma medida de segurança imposta e estava ilegalmente aguardando vaga em um hospital dentro de um centro de detenção provisória, isso na Praia Grande, ele se cortava, era psicótico, e ele tinha uma compulsão por se cortar, levavam ele para a enfermaria, suturavam o corte e ele voltava para a cela para se cortar sobre o corte, ele acabava ficando dopado e os outros presos cuidavam dele. Quando eu entrei no raio, vários presos vieram “tem que ver a situação do preso tal”, enfim, do “João”, enfim, entramos na cela e tinham três ou quatro presos cuidando dele, fazendo curativo, isso é uma coisa muito interessante, uma coisa que não se fala, como já vi em pesquisas muito mal intencionadas dizendo que 20-40% das pessoas em situação de prisão são psicopatas, diagnóstico completamente subjetivo, e não é o que você encontra quando entra em uma unidade prisional. O que você encontra



são pessoas com relações de solidariedade muito próximas e muito chamativas que a gente não vê fora de unidades prisionais, isso tudo foi chamando minha atenção. Quer dizer, qual é o vínculo que se estabelece sobre essas pessoas? E de que modo isso repercute na formação desses comandos prisionais? Há um estabelecimento de regras, que são bem estritas, que são respeitadas e legitimadas pelos presos. Quando hoje um preso entra em uma unidade prisional, ele vai ter muita dificuldade de acesso a itens básicos: um rolo de papel higiênico, pasta de dente, uma escova de dente, e como ele vai conseguir isso? O “faxina” ou o “piloto” do raio, ou seja, a liderança do comando naquele pátio, naquele pavilhão, vai provavelmente entregar alguma coisa para ele, o que sobrou do “jumbo”, das entregas que os familiares fazem para outros presos. Como os próprios familiares sabem que o Estado não fornece assistência material adequada aos presos, atualmente começou a fornecer um pouco mais, mas até dois, três anos atrás era nada que se fornecia. Chegamos a fazer uma pesquisa, que no Centro de Detenção Provisória de Pinheiros o gasto com assistência material, excluída só a alimentação, por preso, dava R\$ 17,50 por ano, isso em 2012. Por ano, isso é por ano! Óbvio que ele não sobrevive com esse valor, de modo que quem sustenta efetivamente esse preso são os familiares, então os familiares vão lá, entregam o jumbo e sabem que eles têm que entregar um pouco a mais, e ouço muito isso de familiares que “tem muito menino lá que não tem família então a gente já compra um pouco a mais”. Não é uma questão de extorsão, tem uma solidariedade entre os próprios familiares, e isso é centralizado dentro de algumas figuras de liderança do próprio PCC, que acabam sendo de certa forma legitimadas, certa forma não, bastante legitimadas pela administração prisional, e que fazem a distribuição disso. É quase que automático e natural que o indivíduo que entra numa unidade prisional acabe se identificando com o comando prisional daquela unidade, senão ele não teria acesso ao convívio, ele não teria sequer um rolo de papel higiênico... Então é natural, toda pessoa que entra em uma unidade prisional que se diz comandada pelo PCC ou por outra facção menor, acaba se identificando com essa facção, porque é o que vai garantir a vida e o mínimo de bem-estar dessa pessoa dentro da unidade prisional. Essa é a política prisional que a gente está criando, uma política de absoluta negligência, que faz com que esses espaços de vácuo sejam ocupados pelas organizações espontâneas de presos, sendo que, quando você coloca um número muito grande de pessoas submetidas a uma violência muito grande num espaço muito pequeno, é natural que se forme uma massa, e essa massa vai ter uma atuação que não vai ser pautada pela racionalidade, vai ser pautada pelo sentimento de onipotência, e, sobretudo, pela falta de segurança, pela falta de respeito, de zelo, pela própria segurança. Então o PCC é resultado direto da política prisional de encarceramento em massa e da política de sucateamento do sistema prisional. É ruim com o PCC, mas seria pior sem, porque dentro dessa lógica que a gente construiu hoje em relação ao sistema prisional, ao encarceramento em massa, o que a gente verifica, é que, se por um lado a existência desses comandos prisionais dificulta muito a presença do Estado nesses espaços, não que tenha efetivamente alguma grande vontade política dessa presença, mas isso é dificultado pela existência desses comandos, por outro lado, a gente verifica também que a existência desses comandos faz cair e muito o número de mortes entre presos dentro da unidade prisional, havendo quase que uma pacificação. O estado de São Paulo é o estado que percentualmente você tem o menor número de assassinatos entre presos, isso no Brasil inteiro. Isso tem uma razão, a razão é que hoje a gente tem uma hegemonia em São Paulo de uma facção prisional, que domina quase todos os estabelecimentos prisionais, mais de 200 são dominados pelo PCC, de 240 do estado. Então é uma consequência natural dessa política que a gente escolheu, e acho que a gente só consegue entender, desarticular e desarmar essa bomba se a gente ouvir a voz do preso, daquele que sofre, da principal vítima dessa política. Isso foi caminhando, esse interesse pela psicanálise até no doutorado eu tentar desenvolver uma teoria mais geral, na verdade uma releitura da Criminologia Psicanalítica a partir dos parâmetros da Criminologia Crítica, esse estudo foi me levando para uma visão



muito crítica em relação ao sistema penal, até o abolicionismo penal, e aí me parece que a Psicanálise e as ciências da subjetividade elas dão um ferramental muito sólido para essa crítica estrutural do sistema penal.

IM: Muito bom! Então eu poderia extrair da sua resposta aquilo que você disse “eu fui até ali, presenciei solidariedade, sentimentos positivos entre aquelas pessoas, e não foi difícil perceber isso”, ou seja, não é apenas a Defensoria, o Bruno, que vai até ali e enxerga aquela realidade cotidiana, o Estado também enxerga. Aí vem a minha pergunta, o Estado é cego, é burro ou age de má-fé?

BS: Acho que as três coisas! (*risos*) Quando a gente pensa em Estado, a gente está falando de um mito, o Estado é um mito! E aí a gente tem várias instâncias do que seja o Estado, dentro das unidades prisionais, os agentes de segurança penitenciários, os funcionários do sistema prisional, enxergam essa realidade de uma forma muito mais próxima. Apesar do que se fala muito comumente que “os agentes prisionais são torturadores”, não que não aconteçam episódios de tortura, mas há uma sensibilidade dentro da categoria dos agentes prisionais em relação à situação que vivemos. Me parece que, e eu sempre digo isso, um agente prisional, na média, acaba sendo menos conservador do que uma pessoa de classe média que não conhece o sistema prisional. É uma concepção um pouco errada que as pessoas têm, de que o agente prisional é o carcereiro mau, mas o agente prisional tem muito pouco poder de realizar qualquer mudança mais estrutural. O que acontece dentro das unidades prisionais, então a partir do surgimento dos comandos, é que os comandos acabaram se tornando, pelo menos no estado de São Paulo (que eu conheço a realidade mais de perto, bem ao vivo e empiricamente), os comandos prisionais acabaram se tornando algo bastante naturalizado dentro das unidades prisionais, e a gestão passou a ser quase compartilhada entre esses comandos prisionais e o Estado, há, de certa forma, uma convivência harmônica entre os comandos prisionais e os agentes de segurança. Em um presídio clássico, o mais normal é que você tenha um pavilhão com diversas celas, e uma das celas é destinada aos presos que se chamam “faxinas”, que são lideranças legitimadas pelos presos daquele raio, que têm, portanto, também uma aceitação da própria cúpula do comando, ou do sintonia, ou do torre responsável por aquele presídio, que são as categorias dentro do próprio PCC. Esses presos da faxina eles acabam tendo a função de: fazer a faxina das áreas comuns; entregar os alimentos; mas também organizar a fila do atendimento médico; se tiver algum problema dentro do raio, eles que fazem a discussão com o guarda que está na grade; então eles são porta-vozes daquele raio; organizam as visitas; impedem a violência entre os próprios presos, então, se há discussão entre presos de uma mesma cela, isso é levado até esse “piloto”, que é o “faxina”. O PCC chama de “piloto” a unidade prisional chama de “faxina”, mas é a mesma pessoa, essa liderança é legitimada tanto pela administração da unidade prisional quanto pelos próprios presos, e não há como não ser assim, não há como não haver essa simbiose. Quem estuda o sistema prisional mais de perto traz essa conclusão de que, apesar do Estado, e aí entendido como governo, o discurso oficial do governo “A gente não negocia com bandido!”, a política de enfrentamento, “A gente vai acabar com o PCC!”, o que a gente vê na capilaridade, no chão, nos presídios, é que o PCC, muito longe de ser algo que coloca o sistema prisional em risco, é uma organização que no fim das contas acaba auxiliando o próprio Estado na administração do inadministrável. Quer dizer, sem o PCC é impossível você administrar e impedir rebelião em uma unidade prisional em que cabem 700 pessoas e que está com 3.000 pessoas. A gente tem o estado de São Paulo que já ultrapassou o triplo da sua lotação, isso na capital paulista, então não se administra esse presídio sem o PCC. Só alguns dados que demonstram isso, em 2014 o DEPEN publicou os dados do Infopen, em relação ao sistema prisional nacional, e São Paulo e Rio de Janeiro não mandaram dados sobre mortalidade, simplesmente não mandaram! Em 2014, o Infopen chegou à conclusão de que em todo o sistema prisional nacional, excluídos São Paulo e Rio de



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

Janeiro, eles identificaram cerca de 1.200 mortes, das quais metade seriam mortes violentas entre presos. A gente conseguiu, depois do relatório do Infopen, os dados de São Paulo, por meio da Lei de Acesso à Informação, e em São Paulo, nesse mesmo período, teriam morrido 800 pessoas, dessas 800 pessoas as mortes violentas não chegavam a 50. Há um genocídio, há um extermínio da população prisional, mas, por meio da negligência do Estado, da ausência de assistência médica, boa parte dos presos morre de pneumonia, de doenças tratáveis, de sífilis, tuberculose, isso é o que mata a população prisional no estado de São Paulo, mas eles não se matam entre si. Não que o PCC não provoque execuções, não tenham julgamentos, tribunais do asfalto, isso tudo ainda existe, mas em um nível e em uma dimensão muito menor do que na criação do PCC. Quando o PCC assume a hegemonia do sistema prisional paulista em 2006, é o momento em que a gente começa a ver uma queda muito brusca na mortalidade dentro das unidades prisionais, e uma queda também muito brusca na mortalidade nas quebradas, nas mortes nos bairros de periferia. Isso acaba sendo capitalizado pelo próprio governo, que vem dizer que esse governo, que essa gestão, reduziu as mortes por arma de fogo, os assassinatos no estado de São Paulo. Realmente o governo reduziu, mas não reduziu pelo combate ao crime, reduziu pela simbiose, pela negociação com os comandos prisionais que acabaram invadindo as quebradas. O que acontece, o discurso oficial e as práticas efetivas são extremamente dissociadas nesse sentido!

IM: Existe uma afirmação de que, e isso está mais do que comprovado, a magistratura, os juízes que atuam na área criminal tendem a prender mais de forma cautelar. Os números estão aí, quase 50% dos presos do Brasil hoje são de prisão preventiva, e existem duas versões aí: a primeira é a de que os juízes que fazem isso não são muito humanos; uma visão de política criminal menos humanitária diz que isso seria burrice, pois estariam recrutando o crime organizado para o presídio; e teria uma segunda visão de que prender seria desnecessário, que a prisão não é útil nesse contexto que você apresentou pra gente, logo, ela não teria motivo para existir. Então como que você lê a prisão daquelas pessoas que você conheceu, que você conversou? Se aqueles caras não estivessem ali e estivessem aqui fora com uma tornozeleira, ou alguma outra cautelar? Isso teria algum impacto relevante para melhorar a situação daquelas pessoas?

BS: Com certeza! Bom, a gente pode começar falando que o Marcola foi preso pela primeira vez por ser batedor de carteira, por furto, ou seja, ele não deveria sequer ter sido preso da primeira vez. Provavelmente, se ele não tivesse sido preso da primeira vez, a gente teria um cidadão bastante inteligente e não se sabe o que estaria fazendo, mas certamente não seria o líder do PCC. Então não diria que a prisão não serve pra nada, diria que ela serve a determinados objetivos que são obscuros, que são escusos. Quando a gente estuda teoria geral da pena, a partir do direito penal, a gente sempre vai estudar a prisão a partir das suas funções declaradas, a função preventiva, a função... Enfim, esse *blábláblá* que a gente ouve nos bancos acadêmicos e que vem aí dos séculos XVII-XVIII, que continua se repetindo e é bastante interessante como a dogmática penal ela não saiu muito do lugar, porque ela não tem muito contato com a realidade. O que se produz hoje na academia está completamente dissociado do que se produz no Fórum da Barra Funda, que hoje talvez seja a maior máquina de “moer pobre” da América Latina, ao passo que nos bancos escolares se ensina o princípio da dignidade humana para essas mesmas pessoas que vão se tornar juízes e que dentro daquela determinada máquina, daquele determinado sistema acabam agindo muito próximas do Eichmann. Nessa ideia do Eichmann em Jerusalém quando a Hannah Arendt vai descrever o Eichmann na sua defesa dos crimes do nazismo em que ele fala “Estava simplesmente cumprindo a minha função, todo mundo fazia e eu era um funcionário como qualquer outro”, e ela desenvolve esse conceito de banalidade do mal. Nos bancos acadêmicos, os profissionais do Direito aprendem de uma forma teórica o princípio da dignidade humana, a vedação às penas cruéis etc., mas falta



uma sensibilidade empírica em relação a essa realidade pela qual eles vão tratar, e são pessoas que vêm de classes sociais e contextos muito diferentes daquelas pessoas que eles julgam e isso faz com que quando eles ingressam em concurso, seja da magistratura, do Ministério Público, ou a própria Defensoria ou advocacia, as práticas institucionais enferrujadas daquela instituição acabem fazendo com que essa pessoa se torne uma reprodutora da mesma violência que vem sendo praticada no Brasil desde que o Brasil existe. Se você ler sentenças de juízes, sentenças que aumentam pena-base, que condenam a penas altas, sempre virá aquele último parágrafo dizendo “Ah, o regime fechado é o único adequado para prevenção do delito e para correta ressocialização do indivíduo”. Se você perguntar para esse mesmo juiz “Você acredita nisso que você falou? Você acha que colocando essa pessoa na cadeia por 5 anos e 4 meses ela vai sair de lá uma pessoa melhor?”, o juiz provavelmente vai responder “Não!”, “Mas por que você escreveu isso na sentença?”, “Ah, porque estava no modelo”. Efetivamente, é um extermínio banal, o sistema penal se construiu de uma forma em que temos aí um número de mortes estratosférico, dentro desse número de mortes estratosférico, e aí estou falando de todo o sistema penal, desde as mortes nos presídios, que configuram já por si um genocídio, mas também as execuções sumárias pela Polícia Militar, tudo isso é consequência do sistema penal. Esse genocídio é praticado de uma forma banal, não há um grande gênio do mal articulando o extermínio da juventude preta, pobre e periférica, o que existe é uma consequência da luta de classes, enfim, difícil sair dessa conclusão, mas que dentro desse sistema jurídico que se colocou isso propicia que esse mal, essa violência, seja praticada de forma banal. A partir disso a gente tem então vários interesses envolvidos, desde um controle étnico-racial, onde das pessoas presas a gente tem quase 70% de negros e pardos, e quando você vai analisar a população geral o número de negros e pardos não chega a 50% no Brasil, essa distorção é uma distorção relevante, mostra uma perseguição prioritária a uma determinada cor de pele, enfim, isso leva a um controle étnico-racial, que a gente vê de forma até mais forte em outros países, como, por exemplo, nos Estados Unidos, quando você tem 1 a cada 3 negros que são submetidos a alguma medida penal, ou estão presos, ou sob algum monitoramento, ou sob algum sistema de prova. Essa é uma das funções exercidas pelo sistema penal, é o que resta da escravidão, o que resta do controle étnico-racial, e “o que resta” não estou falando como se fosse um resquício, “o que resta” é muito! É a prática de um genocídio! E outros interesses que também estão envolvidos aí, há um interesse econômico muito básico no encarceramento em massa, você tem empreiteiras, siderúrgicas, fornecedoras de alimento, empresas interessadas nas parcerias público-privadas, que poderiam vir da privatização do sistema prisional, empresas de segurança privada, empresas de alarme, empresas que exploram o trabalho do preso e que não são obrigadas a pagar o salário mínimo, que pagam por produção, você tem todo um mercado de mídia que constrói sobre o fenômeno da criminalidade. O que eu quero dizer com isso **é**: tem muita gente ganhando dinheiro em cima do encarceramento em massa da pobreza, e com vistas a ganhar muito mais a partir dos projetos de privatização do sistema prisional! Que são mais caros ao Estado, produzem resultados piores, mas geram uma margem de lucro muito grande para determinados setores do capital financeiro. Quando a gente fala “Para que serve a prisão?”, a prisão serve e aqui a gente já tem dois objetivos muito claros: o primeiro deles, para exercício do controle étnico-racial e social sobre as classes indesejadas, você criminaliza as questões sociais e isso faz com que você tenha uma possibilidade de reação, de organização muito menor por parte da população oprimida; e, por outro lado, você transforma isso em uma fonte de lucro quase inesgotável para determinadas empresas que exploram isso. Me parece que essa é a função da prisão, porque essa é a única função cientificamente demonstrada da prisão, que a gente consegue com dados mostrar que a prisão serve para isso. A gente não consegue, com dados, demonstrar que a prisão consegue ressocializar ninguém, até porque não serve! A gente tem um índice de quase 70% de resseleção, reincidência, isso não quer dizer que essa pessoa sai de lá propensa a praticar outros crimes, isso a



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

gente não tem como dizer, mas o que a gente tem como dizer é que ela sai de lá propensa a ser presa de novo. Quando uma pessoa está no bar, com outras pessoas, e tem uma batida policial, a primeira coisa que o policial pergunta é “Quem aqui tem passagem criminal?”, e essa pessoa que tem passagem criminal é quem vai assumir a droga que foi encontrada no banheiro, isso é diário! Então essa pessoa vai ser resselecionada! Em relação à segurança pública, “A prisão serviria para garantir a segurança pública?”, também não! Não me parece de forma nenhuma! Em primeiro lugar, porque a prisão aumenta a mortalidade da própria população, a população presa é morta dentro da prisão; em segundo lugar, o próprio sistema penal como um todo, com a política de encarceramento em massa, fomenta também a letalidade policial e a ação de grupos de extermínio. A gente tem algumas pesquisas que demonstram que no estado de São Paulo há indícios de que mais da metade dos homicídios praticados tem a participação de agentes da Polícia, ou de agentes ligados a grupos de extermínio da Polícia. Esse investimento no policiamento ostensivo, que é esse investimento que propicia o encarceramento em massa, também propicia uma mortalidade muito grande da população. O que eu quero dizer com tudo isso? Se a gente extinguisse o sistema penal, a gente não resolveria todos os problemas, a gente continuaria vivendo em uma sociedade injusta, a gente continuaria vivendo em uma sociedade com violência, a gente continuaria tendo crime, mas a gente se livraria pelo menos de um problema, que é o problema da letalidade policial, que é o problema da mortalidade dentro dos presídios, e que é o problema da existência desse sistema que garante a segregação racial e a segregação econômica no Brasil. Então não me parece que o abolicionismo penal seja a solução para todos os problemas sociais, mas ele pelo menos fornece solução para um grande problema que é o próprio sistema prisional, que é um problema social.

IM: É bem interessante esse seu comentário do abolicionismo! As pessoas pensam “o abolicionismo vai trazer novos problemas”, e você mostrou que ele vai acabar com um dos problemas, e o resto já existe...

BS: Sim, o resto já existe! Exatamente!

IM: É bem interessante essa linha! Então eu poderia identificar, das suas respostas, que você acredita que, para os jovens que têm como sonho a magistratura na área criminal e que estejam nos lendo ou assistindo, você recomendaria estudar mais Criminologia e menos Direito Penal?

BS: Não sei se menos Direito Penal, mas com certeza mais Criminologia, e não só estudar mais Criminologia, mas também viver isso, entrar na prisão. É lamentável que hoje a gente tenha no Judiciário uma maioria dos juízes que nunca colocaram o pé em uma prisão, hoje a gente tem a obrigação, dentro das próprias normas da magistratura de fiscalização das unidades prisionais só dos juízes da execução, que são os corregedores dos presídios, esses são os que visitam as unidades prisionais. Mesmo essas visitas, elas são muito pouco efetivas, o que a gente sabe de determinadas unidades prisionais é que o juiz e o promotor, quando visitam, não entram nos pavilhões habitacionais, normalmente só conversam com o diretor, e conversam com os presos selecionados pelo próprio diretor, ou seja, o relatório sempre vem muito positivo. Já peguei alguns relatórios de juízes e corregedores de diferentes estados, um de Prudente e outro de Araçatuba, que o relatório era exatamente igual, inclusive no final onde você tem “recomendações ao diretor da unidade prisional”, as recomendações nos dois eram “que as anotações nos livros sejam feitas em vernáculo”. Quer dizer, alguém que visita uma unidade prisional e a única recomendação que consegue tirar disso é que o diretor “anote em vernáculo” e nem sei no que ele anotava, será que o diretor anotava em latim? Não faz muito sentido! (risos) Mas a única recomendação é essa, que é o que veio no modelo, isso dá para perceber que efetivamente há um desinteresse muito grande por parte dos juízes em relação ao sistema prisional. Nas varas de execução há uma delegação muito



grande de matérias, inclusive decisórias, para escreventes ou para funcionários do cartório, o que não acontece tanto em outras varas, então isso tudo é muito preocupante, mas pelo menos o juiz de execução tem essa obrigação de visitar. Os juízes que atuam nos processos de conhecimento normalmente não conhecem as unidades prisionais, então eles encaminham pessoas à unidade prisional, decretam prisões preventivas e temporárias, condenam a penas em regime fechado, sem saber para onde estão mandando essas pessoas. Isso me parece completamente inaceitável, o nível de alienação dentro dessas carreiras é absurdo. A primeira coisa para algum jovem que deseja ser um magistrado é se questionar “Por que eu quero ser um magistrado?”, acho que essa é a primeira pergunta que ele deve se fazer. O perfil daquela pessoa que quer ser chamada de excelência, ou que quer o poder pelo poder, é o perfil daquela pessoa que deve ser tudo, menos um magistrado! Agora, se efetivamente ela acha que tem condições de melhorar um pouco as condições nas quais a gente vive, a primeira coisa que eu diria é “Vá conhecer os presídios, vá conhecer não só os presídios, mas as favelas, as ocupações...”, porque ele também vai para uma vara civil, e vai determinar reintegração de posse das famílias que estão lá há muito tempo, e vai entrar polícia, que vai tirar crianças de lá. Então “Vá conhecer as ocupações, vá conhecer esses bolsões de miséria, porque são essas as pessoas que sofrem, que são exterminadas pela própria atividade dessas instituições”, enfim, acho que é isso o que eu poderia dizer. Assim, talvez até sem muita esperança, não tenho tanta esperança nas instituições como elas são hoje, acho que elas precisariam se democratizar. A gente precisaria de uma alteração, uma reforma muito grande, no modo de seleção dos magistrados, o estabelecimento de ouvidorias externas de participação popular, controle social das decisões, estabelecimentos de cotas sociais ou étnico-raciais em concursos para altas carreiras de servidores públicos. Tudo isso me parece que seriam medidas de tentar atenuar um pouco essa situação de extermínio que a gente vive hoje.

IM: Vou fazer uma última pergunta. Uma pergunta que vai exigir de você todo o seu conhecimento, toda a sua bagagem, toda sua história de vida, que é: se você pudesse mandar um recado para todas as pessoas que estão presas, o que você diria para essas pessoas?

BS: É! (*risos*) Acho que eu diria muita coisa! Eu sempre preferi ouvir do que falar, quando estou nessas situações, porque é muito enriquecedor ouvir a experiência daquela pessoa que está presa e vivendo naquelas condições, de que forma ela consegue sobreviver. Mas, se eu pudesse dizer alguma coisa a toda população prisional, acho que eu diria o seguinte: vocês estão certos; o sistema penal não é justo; não há uma dívida social a se pagar. Há uma necessidade de união entre os presos, e aqui eu não estou falando de comandos prisionais, estou falando de uma união como uma forma de movimento social, os presos precisariam se organizar e é muito mais difícil quando a pessoa tem um rótulo de ilegal, você poder se organizar na forma de um movimento social, porque esse movimento social ele inevitavelmente vai ser taxado como crime organizado. Isso não significa que haja outra solução que não a união, a solidariedade entre os presos e a desmistificação, a desalienação em relação às condições materiais de aprisionamento, e aos fatores socioculturais que levaram essa pessoa a ser presa. Traduzindo na linguagem do preso, o que eu falaria é: é verdade que você só está preso porque você é negro e pobre, e só você pode fazer alguma coisa em relação a isso.

IM: Muito bom! Chegamos aqui ao final da nossa entrevista. Bruno, queria agradecer demais sua presença e fico muito feliz depois de todas essas respostas, aquela sensação de que eu estava certo em pensar no seu nome! Porque realmente você é um dos grandes pensadores que a gente tem por aí...

BS: Imagina! (*risos*)



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



IM: E sua humildade não permite ver isso, mas a gente que está de fora enxerga, não é?! É muito gratificante, espero demais que o que a gente tenha conversado aqui seja absorvido por pessoas estratégicas e que tenham algum tipo de poder, que possam melhorar um pouquinho a situação cruel dessas pessoas que já nascem presas, de fato, só falta a prisão de direito e que isso possa mudar um pouquinho a realidade delas, porque o que você falou aqui hoje foi muito importante. Você tocou em algumas feridas, mostrou que a visão que as pessoas têm aqui de fora não é a certa, não é a real, e que, se elas entrarem em contato com a realidade, elas podem mudar de opinião, inclusive mudar a questão das políticas públicas, o Estado já aproveita a organização do crime para ganhar voto e falar que ele é bom, que controla, então quem sabe ele não possa aproveitar a questão da solidariedade, a questão humanitária daquelas pessoas para trabalhar com a parte de recolocação pessoal e profissional. Agradeço demais suas respostas, sua presença, quem está nos assistindo, quem está nos lendo também e muito obrigado!

BS: Obrigado a você! Obrigado ao IBCCRIM! Uma honra, de novo, queria agradecer muito e fiquei muito feliz com essa oportunidade, enfim, estou à disposição para qualquer coisa que o IBCCRIM precisar!

IM: Obrigado!

BZ: Obrigado!



Lucas Minorelli e Antônio Martins-Costa entrevistam Giovani Agostini Saavedra

A presente edição da Revista Liberdades conta com o Professor Giovani Agostini Saavedra como um de seus entrevistados. O Professor Giovani leciona Direito Penal, Compliance e Filosofia na Escola de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica Rio Grande do Sul (PUCRS). Além de ter obtido o título Mestre pela mesma instituição na qual se graduou e atua como Professor, é Doutor em Filosofia e Doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe - Universität Frankfurt am Main (Alemanha). Em entrevista concedida a Lucas Minorelli e Antônio Martins-Costa, o Professor Giovani contou sobre a sua trajetória acadêmica, bem como discorreu sobre os temas atuais que são objeto de suas pesquisas.

1) Em primeiro lugar, gostaríamos que o Senhor nos contasse sobre a sua trajetória acadêmica, desde os bancos acadêmicos na graduação em Ciências Jurídicas e Sociais na PUCRS até a experiência na Alemanha.

É uma longa história. Cursei a graduação em Direito na PUCRS e até o quarto semestre fui um aluno regular, quando recebi uma interessante oportunidade de morar na Suíça por um ano, num projeto em que trabalhávamos meio período e estudávamos em outro. Nessa época em que tive contato com uma universidade europeia fiquei muito impressionado com a vida acadêmica europeia e isso para mim foi muito importante na minha vida acadêmica, tanto que, naquele momento, disse para mim mesmo que voltaria a estudar na Europa, mas com tempo, para cursar o doutorado. Depois tive também a oportunidade de passar mais seis meses na Itália, em Roma.

Quando retornei ao Brasil, logo fui em busca de uma oportunidade para desenvolver pesquisa de iniciação científica. Para a maioria dos alunos hoje isso é normal, mas naquela época estava recém começando. A título de exemplo, na Faculdade de Direito da PUCRS havia um ou dois Professores Doutores. Fui apresentado ao Professor Emil SOBOTKA, que tinha há pouco retornado da Alemanha e tinha uma seleção para bolsa aberta, mas era para o curso de Ciências Sociais. Ainda assim passei na seleção e trabalhei com ele por três anos até o final da graduação e recebi alguns prêmios pelas pesquisas que realizamos.

A iniciação científica sem dúvida é outro ponto marcante da minha carreira, pois nela me aproximei da teoria social, da qual sempre gostei muito e sobre a qual, posteriormente, acabei me aprofundando. No contato com os professores, eu sentia que, por alguma razão, aqueles que tinham doutorado na Alemanha eram diferenciados e comecei a me aproximar deles em função da admiração, que por eles nutria. Quando soube de um professor alemão que lecionava aqui, logo, então, eu fui atrás dele. Era o Professor Hans-Georg FLICKINGER, que é um professor alemão, grande especialista em HEGEL, que lecionava tanto no Brasil quanto na Alemanha. Disse a ele que desejava ler HEGEL e ele riu e achou interessante que algum aluno do direito queria fazer isso. Aí expliquei a ele o que eu gostaria de pesquisar, porque na época falava-se muito de monismo e pluralismo jurídico, apesar de não saber ainda àquela altura o que isso significava. Ele riu novamente e pediu para eu ler “O conceito do político” do SCHMITT e “Legitimação





pelo procedimento” do LUHMANN. Nunca esqueço, qual foi minha sensação após a primeira leitura: não entendi nada. Os títulos, os sumários, as palavras... nada. Felizmente, a partir do quinto semestre, o Professor FLICKINGER fez comigo algumas leituras auxiliares para começar a compreender tais autores. Concluí a graduação e não tinha entendido completamente nem o LUHMANN, nem o SCHMITT, nem bem o porquê da indicação do professor. Decidi, então, que faria uma investigação no Mestrado sobre isso e meu orientador, o Professor SOBOTTKA, sugeriu somente que eu incluísse também o Jürgen HABERMAS, porque ele me disse ele era importante para eu entender essa discussão.

Só que HABERMAS é outro autor muito difícil de se entender, né? E naquela época não havia muitas traduções para o português. Então fui atrás de aprender alemão ainda no quinto semestre. Como não venho de uma família com posses, os meus pais não tinham condições de pagar um curso. Perguntei na secretaria do Goethe-Institut como era o programa de bolsas e me disseram que concediam para quem ganhasse prêmio de iniciação científica. Participei de um evento de iniciação científica na UFRGS, que concederia dita bolsa para o primeiro colocado. Consegui o primeiro lugar e a bolsa, depois, a renovação dela por mais um ano. Em outubro, perto do final do segundo ano, a secretária do curso me disse que não teria mais como renovar. Perguntei por alternativas e ela lembrou que os alunos da graduação em Letras da UFRGS também ganhavam bolsa. Naquela época as inscrições para o vestibular da UFRGS estavam abertas e jamais esquecerei a cara da secretária quando voltei com o comprovante de matrícula do curso de Letras. Acabei por cursar apenas as cadeiras de alemão, tanto que no meu currículo consta o curso como incompleto, apesar da vontade concluí-lo (o que farei oportunamente).

Logo após concluir a graduação em Direito estabeleci o objetivo de ingressar no Mestrado, embora não tivesse condições de custeá-lo e o Professor SOBOTTKA havia me dito que não tinham muitas bolsas. Na graduação, também em determinado momento, os meus pais não tinham mais condições de pagar a faculdade e comecei a trabalhar para auxiliá-los. Houve uma época em que fazia estágio num turno, trabalhava na universidade em outro e estudava à noite. Nos finais de semana à noite cantava em missas de formaturas e pesquisava de madrugada. Matriculei-me assim mesmo e consegui com o auxílio de uma amiga um emprego para custear o curso. No segundo ano me ofereceram uma bolsa e, sem titubear, abri mão do emprego, apesar do salário alto, para dedicar-me exclusivamente à pesquisa. No Mestrado conheci o Professor Luís Fernando BARZOTTO, fiz a disciplina dele de filosofia e ele acabou sendo para mim outra grande referência acadêmica. Além do Professor BARZOTTO, posso citar importantíssimas na minha carreira as disciplinas e os debates com os Professores Ingo Wolfgang SARLET, Ruth Maria Chittó GAUER e Humberto Bergman ÁVILA. Na banca da dissertação² estavam os professores BARZOTTO, SOBOTTKA e FLICKINGER e acabei por tirar a nota máxima. O Professor FLICKINGER foi muito elogioso, disse que aquilo era uma tese de doutorado e se ofereceu para me ajudar a encontrar um orientador para um doutorado na Alemanha, pois achou que eu tinha o perfil necessário. Ele entrou em contato com o Axel HONNETH, Professor da Universidade de Frankfurt e discípulo de HABERMAS, que me aceitou como o seu orientando.

Fiz a seleção do DAAD e consegui uma bolsa, o que representou para mim a realização de um sonho. Fui para a Alemanha e fiquei lá por quase cinco anos. Tive a oportunidade de fazer vários amigos e manter contato com os outros que já tinha – como, por exemplo, o Professor Fabio Roberto D’ÁVILA, que lá estava durante a realização do seu pós-doutorado – e esse período foi muito fundamental para a minha carreira. Há também o detalhe que fui para

² *Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

fazer o doutorado em Filosofia e, com as mudanças das regras da carreira acadêmica no Brasil, eu não poderia lecionar para um programa de pós-graduação em Direito sem o título de Doutor em Direito, apesar de ser Doutor em Filosofia. Expliquei a situação para o órgão que concedeu a bolsa e pedi autorização para cursar dois doutorados ao mesmo tempo, um em Filosofia e outro em Direito, e acabaram me autorizando com a condição, que eu fosse bem no doutorado para o qual me deram a bolsa, ou seja, o de filosofia. Conservei com o Professor HONETH e fiquei muito lisonjeado, porque ele disse que, em condições normais, nunca aceitaria isso, mas que notou que eu era bem dedicado e também autorizaria, mas avisou que em hipótese alguma diminuiria as exigências comigo. Ele me apresentou ao Professor Günter FRANKENBERG, do Direito, e este impôs a condição que eu elaborasse uma tese totalmente diferente daquela em desenvolvimento no doutorado em Filosofia. A única coisa que fiz nesses cinco anos foi estudar, estudar e estudar. Como os alemães são muito exigentes, me fizeram entregar as duas teses em formato eletrônico para avaliá-las num software de propriedade intelectual, para ver se não havia plágio e colocaram dois avaliadores a mais do que o número necessário para a defesa da tese de Doutorado em Filosofia. No trabalho de Direito eu não obtive o grau máximo, mas em Filosofia consegui o grau *magna cum laude*, o qual representa a segunda maior nota possível. Na minha volta, tive a alegria de ser selecionado para lecionar na PUCRS, onde me graduei.

2) O Senhor passou por muitas dificuldades na Alemanha? E se passou, o que motivou a superá-las?

Eu passei por muitas dificuldades, sem dúvida. Quem me conhece sabe que não sou de chorar ou de me desanimar, que adoro o que faço e trabalho muito, de maneira muito dedicada, mas, confesso que, ainda hoje, lembro-me de alguns dias em que chorava num canto da sala sozinho, porque não acreditava que iria conseguir. Eu e minha esposa nos ajudamos muito. Aliás, nem consigo imaginar como teria sido sem ela, mas, além disso, uma situação muito particular me deu um impulso a mais: no dia que soube que ganhei a bolsa, descobri também que a minha mãe fora diagnosticada com câncer e desisti de ir para a Alemanha, inclusive liguei para o DAAD e pedi que cancelassem a bolsa. Minha mãe descobriu isso e lembro como se fosse hoje, ela – italiana, bem durona –, olhando para mim muito brava e dizendo: “O que tu estás pensando? Não vais fazer doutorado porque eu estou com câncer? Tu achas que um câncer vai me derrubar? Eu quero que tu vás para lá, faça o doutorado, faça-o bem e me dê orgulho!”. Nem sei se devia falar sobre isso numa entrevista, por ser um assunto muito particular, mas o fato é que fizemos um pacto de que eu lutaria pelo meu doutorado e ela contra o câncer. Nos falávamos semanalmente e, periodicamente, eu vinha a Porto Alegre passar um tempo com ela no hospital. Quando vinha, nem ia para casa. Ia direto para o hospital e dormia com ela lá.

Enfim... esse pacto fez com que só estudasse no período na Alemanha, realmente, de segunda a segunda. Não fiz um passeio sequer (um amigo meu chegou a me dizer jocosamente, que eu parecia um militar fazendo doutorado). Para mim, o sentimento era de que se eu passasse, eu poderia dar uma alegria para ela. Acompanhei a situação da minha mãe e, no meio do doutorado, ela veio a falecer. Do ponto de vista pessoal, foi muito difícil, mas, por outro lado, ela sempre me dizia que eu precisava deixá-la orgulhosa etc. Para ela era, eu notava isso, um filho com o título de Doutor, era quase uma realização pessoal. Apesar de sentir muitas dores, eu sentia, que meu esforço lhe dava motivos para ficar feliz. Então, isso decerto foi um dos motivadores e o outro foi que nunca tive medo de trabalhar, adorava o que eu fazia. Alguns amigos alemães também me ajudaram bastante. Basicamente foi isso.



3) Há muita diferença entre a postura acadêmica brasileira e a germânica? O que poderíamos aprender com eles ou eles conosco?

Tenho um pouco de cuidado para falar da experiência brasileira, porque, naturalmente, eu não a conheço toda, mas, em regra, do que eu conheço, especialmente no âmbito do Direito, posso dizer não tem nem comparação. Nós não temos ainda, de maneira geral, uma vida acadêmica em sentido estrito. Posso dizer que aprendi a fazer pesquisa mesmo só na Alemanha. Lá existe essa ideia de que a Academia é uma profissão, uma forma de vida. Isso é especialmente válido na área das ciências sociais aplicadas, a questão do debate, da crítica etc. No Brasil existe uma tendência de pessoalizar todo o debate, a priorizar elogios em detrimento das críticas. Não me esqueço de que quando eu estava na Alemanha a primeira coisa que despertou a minha atenção foi assistir uma palestra e todo mundo, aos meus olhos, destruir o palestrante. Enquanto saía do evento com essa sensação, escutei dos mesmos alemães, que criticaram o trabalho: “Viu como o trabalho dele está bom? Virou um debate incrível!”. Naquele momento, percebi que há uma profunda diferença, é possível falar também de uma posição diametralmente oposta, daquilo que o brasileiro valoriza na vida acadêmica e o que os alemães dão valor. Eles querem críticas, buscam as críticas e criam situações em grupos de pesquisa para receber críticas. Isso nunca saiu da minha cabeça, pois foi uma das grandes experiências que me mostraram a diferença do Brasil. Quando eu voltei da Alemanha eu estava imbuído desse espírito e me convidaram para ir num congresso e pediram para que fizesse críticas às apresentações. Levei isso ao pé da letra e no final do evento todos estavam com raiva de mim e nunca mais me convidaram para esse congresso! Eles se sentiram ofendidos! Eu simplesmente fazia perguntas como se faz na Alemanha. Por exemplo: “Se você pensa X, deveria também pensar Y...”. Em outras palavras, eu estava a dizer que o argumento não prosperava. Tal postura foi recebida como se eu tivesse o propósito de ofender os participantes. Isso ocorreu não só naquele evento, mas também em várias outras circunstâncias e me senti constrangido pela cultura acadêmica brasileira a parar de fazer isso. E com isso me dei conta de uma peculiaridade nossa, a dificuldade de lidar com críticas.

Como não temos essa dimensão crítica, dialética do processo, o que acaba por acontecer é que os nossos trabalhos monográficos de mestrado e de doutorado por vezes não passam de “discursos de uma nota só”. No Brasil a pessoa lê apenas os autores que falam o que ela quer ouvir, reúne tudo isso e transforma num trabalho monográfico. Na Alemanha isso não ocorre. Se eu quero falar algo, em primeiro lugar preciso ler todo mundo que diz o contrário do que eu penso sem medo de mudar de opinião, para ver se o meu argumento se sustenta. Às vezes no Brasil tenho a impressão de que, nas ciências sociais aplicadas, essa falta de medo de ser contraditado, não é a regra, seja entre alunos, seja entre professores. Temos alguns oásis de crítica, em algumas circunstâncias muito específicas de alguns Programas de Pós-Graduação e em alguns grupos de pesquisa, mas são situações muito pontuais. Infelizmente, acho que ainda não se tornou cultura acadêmica.

Na Alemanha eu noto que é o *modus operandi* de qualquer universidade. O aluno na graduação em direito não tem aula expositiva como aqui, e sim um Professor que faz a aula principal – *Vorlesung*, como eles dizem. Depois o aluno tem de participar de um grupo com os professores assistentes, ler muitos livros, fazer seminários debatendo e só depois ele faz a prova. Não temos isso aqui. Já tentei implementar seminários nas minhas aulas da graduação, mas não deu muito certo.



4) Ambas as teses são inéditas ao público brasileiro. O Senhor poderia falar brevemente sobre elas e se tem planos de publicá-las no Brasil?

Eu tenho vários planos de publicá-las. Eu já tentei várias vezes conseguir ajuda, inclusive paga, de pessoas para traduzir os meus trabalhos, mas como eles são – hoje eu me dou conta – muito exigentes do ponto de vista técnico, assim, de Filosofia, eu tenho tido dificuldade de encontrar pessoas para me ajudar a traduzi-las. Quando eu voltei não conseguia olhar para elas, depois de cinco anos... Mas mesmo assim eu tentei, mas não consegui. Recentemente me começou a voltar a vontade de fazer isso, mas para isso eu não conseguiria simplesmente traduzir, porque já me dei conta de um monte de coisas para melhorá-las. Desde então fico nessa dúvida: será que simplesmente consigo traduzir sem mudar? Creio que não. Mas eu estou voltando a trabalhar em uma delas e a minha ideia é que venha a ser publicada nos próximos dois anos.

São duas teses bastante diferentes, como tinha de ser. No caso da tese de Direito (*Traditionelle und kritische Rechtstheorie. Die Reflexionsstufen der Rechtsanalyse*), propus um debate de Teoria Geral do Direito, na época era bem conhecido do DWORKIN e de tantos outros autores. Eu tinha a impressão de que era possível uma terceira via que era diferente de tudo que existia até aquele momento, e que seria capaz de justificar a necessidade dessa terceira via usando a lógica hegeliana. Sustentei que seria possível agrupar as opiniões da época em dois grandes grupos, que basicamente corresponderiam aos dois grandes capítulos da Filosofia do Direito de HEGEL e fazendo isso apontaria as deficiências dessas duas grandes posições, as quais chamei de teoria crítica radical e teoria tradicional. A partir desse embate e usando a lógica hegeliana, eu poderia mostrar uma forma de compreensão do Direito que emergia das dificuldades desse debate, ou seja, na prática esse debate nada mais seria do que uma forma unilateral de compreensão dos problemas. Ela foi ambiciosa e teve até alguns membros da banca dela que disseram que seria um trabalho de livre-docência, e que, por óbvio, no tempo que eu tinha, eu não teria como executar. Coisa de jovem, se é que vocês me entendem. Eu tentei já escrever algumas coisas em alguns artigos tratando disso, mas sem entrar na minha tese, para não perder enfim... o ineditismo da publicação do livro.

Quanto à tese de Filosofia, ela corresponde a uma interpretação de uma das teorias de HONETH. Ele tem uma teoria que é a “teoria do reconhecimento” (*Theorie der Anerkennung*), a qual ele sempre disse que não poderia ser justificada com a teoria do espírito do HEGEL. E o nome da tese, justamente para brincar com isso, é “O espírito do reconhecimento” (*Der Geist der Anerkennung*), para mostrar implicitamente que, embora ele abandone a teoria do espírito da lógica, ele acaba precisando dela para fundamentar a teoria dele. Logo, é uma tese bem técnica de filosofia. Nos dois casos o pano de fundo é a lógica hegeliana, porque dela eu gosto muito e eu queria aprendê-la. Então eu fiquei cinco anos tentando entendê-la. Os meus amigos hegelianos dizem sobre a Lógica que você tem sempre a certeza de que não entende nada da leitura, mas que, quando entende algo, parece que um mundo novo se abre. Então, as minhas duas teses são essas: o espírito do reconhecimento e o espírito do Direito.

5) Quais são as pesquisas conduzidas pelo Professor no momento?

Decidi dedicar os meus esforços para um projeto interdisciplinar, bastante abrangente, sobre corrupção. Ele envolverá, em princípio, três países e pesquisadores das áreas de Ciências Sociais, História e Direito e com ele pretendo compreender um pouco essas mudanças na forma como se se enfrenta o fenômeno da corrupção. A minha parte na pesquisa, por óbvio, está mais vinculada ao direito penal e *compliance*, e os outros pesquisadores trabalharão com as



demais áreas. Além disso, tenho estudado temas de direito penal empresarial, em especial questões de teoria geral do delito (autoria, por exemplo), *compliance* e da corrupção.

6) O Professor leciona Filosofia no programa de Ciências Criminais da PUCRS e é inegável a importância daquela para uma melhor compreensão das últimas. Como o Senhor enxerga essa relação?

Eu ainda sou da opinião – que alguns colegas diriam até que é antiga e ultrapassada, mas que eu considero tão atual como sempre –, que a pesquisa sobre fundamentos do direito penal e das ciências criminais não pode prescindir da Filosofia. Ou seja, eu tenho a impressão de que todos os desenvolvimentos concretos e relevantes que presenciamos no direito penal vieram da Filosofia e não o contrário. A Filosofia é quase como se fosse uma forma de visão mais abrangente do fenômeno que nos ajuda a ver as possibilidades de desenvolvimento das soluções dos problemas. Normalmente noto que os colegas que publicaram os trabalhos mais interessantes têm essa força de compreensão dos pressupostos do direito penal a partir da Filosofia. Portanto, acredito que direito penal sem filosofia, é um direito penal que nunca vai crescer, é um direito penal pobre que vai pecar por sistematicidade.

7) Em uma das suas publicações³, o Senhor sustenta que alguns estudiosos das ciências criminais assumem uma posição denominada de “fatalismo-destrutivo”, a qual implicaria em um derrotismo teórico que não se ocupa da “reconstrução” do sistema jurídico-penal, mas tão somente da sua “destruição”. O Professor acredita que tal situação perdura?

Acredito que sim. Existe uma corrente das ciências criminais que denominei em um das minhas teses de “teoria crítica radical”, que acaba por reproduzir a crítica que ela faz à posição tradicional, ou seja, no fundo ela radicaliza de tal maneira a crítica que acaba naturalizando a crítica feita àquelas teorias que são seu alvo: não consegue perceber que ela novamente está presa em uma série de pressupostos ideológicos que não fazem a posição dela ser mais adequada do que a contrária. Noto que essa tendência destrutiva não percebe que, em grande medida, as estruturas de Estado são necessárias e isso não mudará. Seria uma ilusão ótima imaginar o mundo na *parúsia*, mas a verdade é que no mundo real não funciona assim. Existem pessoas mal-intencionadas, existem pessoas que querem agredir os outros e o Estado desempenha uma função de coordenar essas ações de alguma maneira. Se a maneira atual não é adequada, e eu concordo com os críticos que não é, isso não é suficiente para dizer que o Estado em si não presta, ou seja, se tudo fosse “poder” ou “dominação”, também as teorias dos críticos representariam outras formas de “poder” ou “dominação”. Em termos práticos, qual seria o diferencial de ser crítico ou não? Esse é o mesmo problema da primeira geração da *Escola de Frankfurt*. Se toda a sociedade é capitalista e dominada pelo capitalismo, qual é o espaço que sobra para crítica? Sendo tudo capitalismo, logo não existiria um “espaço de emancipação”, como se diz na teoria crítica. Essas pessoas não percebem que o capitalismo não pode ser responsabilizado por tudo, porque, objetivamente, ele é também responsável por coisas boas e, também objetivamente, não temos outro sistema econômico. O que vamos fazer? Abrir mão do capitalismo e voltar a praticar escambo?

Verifico também uma busca pela perfeição que, ao identificar algo como imperfeito, impõe a destruição desse algo. Entretanto, nós vivemos nesse mundo onde tudo é imperfeito e, por isso, sempre teremos soluções imperfeitas. Falo também em uma das minhas teses que normalmente aqueles que são os críticos radicais não conseguem se

³ Sociabilidade vs. Violência: pressupostos filosóficos e psicanalíticos de uma teoria crítica da punição e da justiça. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Memória, punição e justiça*. Uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 92-105.



colocar na situação do “Político”. É o problema que ocorreu com os pós-modernos no momento em que tiveram de enfrentar questões como a Ética. Deixemos de lados as desconstruções e apresentemos para um pós-moderno um homem que deseja matar uma criança. Isso é certo ou errado? Estou querendo “dominar” alguém se eu disser que uma criança não pode ser brutalmente assassinada? Para mim parece óbvio que está errado, que não pode. Tem um texto do Professor HONNETH que ele mesmo diz que os pós-modernos têm dificuldades de lidar com a Ética. Enquanto é uma importante crítica, para desconstruir, para demonstrar que existem ideologias por trás, é um método perfeito, mas quando o crítico precisa passar pela posição do político, que tem de buscar medidas prospectivas, ele falha. Um exemplo. O sistema carcerário brasileiro é horrível. Isso é um fato. Podemos enunciar esse fato de várias formas: com literatura, artes, filosofia, fotos, pesquisa etc. Mas, para além deste fato, o que fazemos? Devemos simplesmente acabar com o sistema carcerário? Como lidar com os crimes? Colocando as pessoas para conversar? Sempre? Em todas as circunstâncias? Será que o direito penal não tem nenhuma função?

Eu não consigo entender como uma estratégia eternamente destrutiva pode contribuir para a resolução desses e outros problemas. Há algo de errado nisso e é de cunho teórico. Os críticos radicais acabam por realizar aquilo que criticam, sendo totalitários, criando ideologias, facilitando a agressão das pessoas, que estão do outro lado. Particularmente, sou mais adepto das posições de HABERMAS e HONNETH, no sentido de que uma teoria crítica deve ter humildade, humildade para perceber que ela não é a depositária da verdade, que iluminará os incautos e trazer a informação do alto da sua sabedoria.

8) Atualmente o Professor é tido também como um dos principais estudiosos do *criminal compliance* no Brasil. Como o Senhor chegou até esse campo de estudo? Quais países se destacam nessa área e quais as razões desse destaque?

Eu me dei conta na Alemanha que nunca me daria bem lidando apenas com questões filosóficas e que eu era realmente um filósofo do Direito. Senti uma vontade de ter um “pé na prática”, como se diz, e, desde então, eu comecei a me interessar muito por direito penal empresarial e *compliance*, que conheci na Alemanha e que aqui era algo novo. Tive a intuição de que tinha algo muito interessante acontecendo, ainda que, na época, não entendia exatamente a dimensão do fenômeno. Aconteceu que publiquei um primeiro artigo⁴ sobre esse tema anos atrás no Boletim do IBCCRIM e me dizem que esta seria a primeira publicação sobre o tema no Brasil, embora não tenha como confirmar isso.

Outra influência foi o Professor Thomas ROTSCH, o primeiro autor que chamou a minha atenção para esse tema, quando ele veio para um Congresso de Ciências Criminais da PUCRS em 2009, congresso este organizado pelo meu amigo e colega Fabio D’AVILA. Eu já tinha pesquisas nessa área, mas ele foi indiscutivelmente alguém que me ajudou a desenvolver essa temática. *Compliance*, fugindo à regra das influências que temos no Direito Penal, é, indubitavelmente, mais forte nos EUA. Os países europeus reagiram à evolução norte-americana e hoje os que mais se destacam são Alemanha, Espanha e o Reino Unido.

4 Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 226, p. 13-14, 2011.

**9) Muitos estudiosos sugerem que o advento da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) representa um grande passo em direção ao reconhecimento do *criminal compliance* em nosso país. O Professor concorda com essa afirmação?**

Eu conheço vários autores que tentam demonstrar a existência de aspectos penais na Lei Anticorrupção. Basicamente são três correntes. A primeira delas que sustenta a possibilidade de responsabilidade penal e, portanto, a existência de crime em sentido estrito. A segunda afirma que, apesar de não possuir natureza penal a Lei Anticorrupção, deveríamos aplicar algumas garantias existentes no direito e no processo penal por analogia, em função da gravidade das penas. Por seu turno, a terceira corrente afasta qualquer possibilidade de aplicação da lei penal.

Considero a primeira corrente totalmente equivocada, por várias razões, dentre as quais menciono agora a incompatibilidade da responsabilidade do jeito que está na lei ser incompatível com a nossa teoria do delito. Quanto às outras duas, estou de acordo com a aplicação de algumas garantias típicas do processo penal, mas isso não altera a natureza da lei, que é civil e administrativa.

10) Qual é a opinião do Senhor sobre a recente reforma da Lei Anticorrupção pela Medida Provisória nº 703/2015?

Essa Medida Provisória procura corrigir alguns pontos do acordo de leniência, mas acredito que o debate ainda esteja em aberto. Na minha opinião, os principais problemas do acordo de leniência são as consequências na esfera penal. Temos pouca prática nessa área e temos problemas como, por exemplo, de competência: quem pode celebrar acordos de leniência? O que é acordado com um pode servir para outro?

Existem vários problemas práticos e vejo que a Medida Provisória em questão traz alguns avanços, mas é bastante provável que, em breve, ocorram modificações na Lei Anticorrupção, porque da forma como está acaba por gerar muita insegurança jurídica para os envolvidos.

11) Em recente trabalho dedicado ao ensino jurídico no Brasil⁵, o Professor traçou um panorama histórico acerca dos défices e dos novos desafios presentes na área. Gostaríamos que compartilhasse conosco a sua perspectiva sobre o assunto.

O ensino jurídico no Brasil deveria caminhar para uma maior valorização da vida acadêmica, do estudo, pois não temos isso nos nossos alunos. É uma questão maior que aquela sobre a forma de dar aula. Se deve ser expositiva ou não, se deve utilizar recursos eletrônicos ou não, na minha opinião, estas são discussões estéreis que não levarão a lugar nenhum. O aluno não aprende porque a aula é expositiva ou porque o professor deixou de utilizar o recurso eletrônico X ou Y, e sim porque ele admira o conhecimento e quer ter aquele conhecimento. Nos dias de hoje raramente vemos no Brasil a valorização do profissional que se dedicou muito, que teve uma vida acadêmica longa e isso faz com que os alunos não desejem isso. Portanto, em aula eles acabam, em regra, buscando o suficiente para atingir uma determinada meta de conhecimento, porque na verdade eles querem ir para o mercado de trabalho como advogados, juízes, etc., o que não está errado. Na Alemanha, por exemplo, valoriza-se quem tem o título de Doutor. Na maioria dos grandes escritórios de advocacia alemães, quem é Doutor leva vantagem na disputa para ser sócio. E como tem a valorização não só do título, mas também do estudo, as pessoas naturalmente buscam por isso.

⁵ Ensino jurídico no Brasil: revisão histórico-conceitual e novas perspectivas. In: ENRICONE, Délcia; HAEBERLIN, Martín P. (Org.). *Metodologia do ensino jurídico: revisão crítica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. p. 125-144.



Os professores precisam entender a posição deles e tem que conhecer muito mais sobre a matéria das aulas que os alunos. Não para sentir-se ou ser superior, mas porque os alunos esperam isso dele e querem ver isso nele. Independente dos métodos, se os professores tiverem consciência e se lograrem êxito, apesar de todas as dificuldades da vida acadêmica, em criar redes e grupos de pesquisa, eles vão acabar estimulando os alunos a crescerem academicamente e isso é o mais importante. Os professores que são referência para mim não marcaram a minha vida porque me impuseram isso ou aquilo ou ainda pela beleza ou pela quantidade de recursos eletrônicos utilizados em sua aula, expositiva ou não, mas sim porque souberam me fazer ficar encantado pelo estudo e porque pela sua excelência e paixão pela sua área de conhecimento, fizeram-me admira-los verdadeiramente.

12) Professor Giovani, muito obrigado pela entrevista. Reservamos o final dela para que repasse uma mensagem aos leitores da Revista Liberdades.

Fico lisonjeado pelo interesse na minha trajetória acadêmica e gostaria aproveitar o ensejo para parabenizar a revista pelo trabalho de valorização dos acadêmicos. Desejo muito que a Revista Liberdades contribua para a qualificação do debate em ciências criminais no momento em que passamos.



Lucas Minorelli e Guilherme Ceolin entrevistam Ruth Maria Chittó Gauer

A presente edição da Revista Liberdades conta com a Professora Doutora Ruth Maria Chittó Gauer como uma de suas entrevistadas. Graduada em História, obteve os títulos de Pós-Graduação em Antropologia das Sociedades Complexas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e de Doutora em História pela Universidade de Coimbra. A Professora Ruth coordena desde a sua formação o Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais (PPGCCRIM) da Pontifícia Universidade Católica Rio Grande do Sul (PUCRS), no qual leciona as disciplinas de História das Ideias e Memória e Ressentimento. Em entrevista concedida a Lucas Minorelli e Guilherme Ceolin, ela compartilhou a sua trajetória acadêmica, a criação e a condução do PPGCCRIM, além de discorrer sobre outros importantes temas.



1) Em primeiro lugar, gostaríamos que a Professora nos contasse sobre a sua trajetória acadêmica, da graduação até o estágio pós-doutoral em Coimbra.

Penso que para falar sobre minha trajetória acadêmica eu deva apenas pontuar algumas questões, pois do contrário utilizaríamos a entrevista toda para isso. Até o segundo grau estudei em um colégio de franciscanas na cidade de Erechim-RS. No segundo grau cursei Ciências Contábeis, porque o meu pai desejava que seus filhos trabalhassem na empresa com ele. No entanto, comecei a lecionar para crianças do jardim da infância, o que gostei muito de fazer. O primeiro curso superior que concluí foi o de Ciências Sociais, na Universidade de Passo Fundo-RS, e entendi por bem que deveria também cursar História, uma vez que constatei muitos pontos de encontro entre os dois cursos.

Depois de formada, mudei-me para Porto Alegre para morar e trabalhar. Aos 30 anos resolvi participar do primeiro processo seletivo em Antropologia das Sociedades Complexas, Pós-Graduação oferecida pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Havia muitos candidatos para vinte vagas e acabei por ingressar. Lá tive ótimos professores. Um deles foi o Doutor Peter Fry, um inglês que tinha recentemente chegado ao Brasil para lecionar no programa montado pelo Professor Ruben OLIVEN da UFRGS. Além dele, tivemos aulas com excelentes professores de outros países, como a americana Patrícia KLUG, da Universidade de Cornell. Enfim, participei de um curso de Antropologia muito interessante. Assim que terminei o curso, duas professoras da então Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da PUCRS, Maria José BARREIRAS e Elizabeth TORRESINI, informaram-me que lá havia uma vaga e que em breve abririam o processo seletivo. Fui entrevistada e chamada para dar aulas de Cultura Brasileira, o que fiz nos cursos de Comunicação Social, História, Geografia, Psicologia, dentre outros. Como era a professora recém-chegada, assumi várias disciplinas de outros professores que se ausentavam. Por um lado, tinha a desvantagem de passar dias inteiros lendo para preparar as aulas. Por outro lado, contudo, isso ampliou o meu universo de conhecimento, o que considero uma experiência de formação e não apenas de trabalho.

Na década de 1980 eu trabalhava na Pró-Reitoria da PUCRS com o Professor Urbano ZILLES, que me convidou para a realização de um projeto de especialização em Museologia interdisciplinar. Naquele contexto, o Pró-reitor me orientou



no sentido de que eu deveria buscar o Doutorado, pois do contrário não teria como estar organizando projetos e cursos de Pós-graduação sem o título de Doutora. Comecei então a pensar sobre um tema. Enquanto lecionava as aulas de Cultura Brasileira, lia muito sobre o que os historiadores e antropólogos brasileiros falavam sobre os intelectuais brasileiros do século XIX e detectei uma lacuna bibliográfica enorme, principalmente na historiografia, e que muitas das análises traziam aspectos negativos, a exemplo de Nelson Werneck SODRÉ, que afirma com todas as letras que o problema do Brasil se devia ao atraso da intelectualidade brasileira do período da Independência. Sempre achei isso muito preocupante, afirmativas que colocavam problemas de alta complexidade em análises simplistas. Decidi pesquisar a história intelectual (História das Ideias) para saber como é que essa geração de brasileiros que atuou no processo da Independência tinha sido formada e com isso construí um objeto de pesquisa. Apresentei uma carta de intenções em Coimbra em 1989, com a qual fui aceita. Elaborei o projeto e encaminhei este à CAPES. Ganhei uma bolsa de estudos e me mudei para Coimbra, onde morei por mais de três anos. Após a conclusão do Doutorado, voltei a Portugal para o Pós-doutorado em 2011, sob a orientação do Professor Fernando CATROGA, para prosseguir com a publicação de outro material que tinha pesquisado na época e que era transversal.

Foi uma experiência enriquecedora, sobretudo para a pesquisa. De Coimbra tenho grandes e ótimas lembranças. Além das pessoas excepcionais que conheci e continuam contribuindo para a pesquisa na PUCRS. Estabelecemos não só um vínculo afetivo muito forte, mas também acadêmico, o que nos levou a celebrar um convênio entre as universidades: os professores conimbricenses sempre estão colaborando com os programas de Pós-graduação da PUCRS e os nossos alunos e professores sempre são muito bem recebidos lá, além da rica parceria em pesquisas e publicações.

2) O objeto da tese de doutorado da Professora foi a influência da Universidade de Coimbra na formação da nacionalidade brasileira. Qual é a medida dessa influência? Perduraria ela até os dias atuais?

Para responder a essa pergunta julgo interessante começar pelo desenvolvimento da pesquisa que resultou na tese. O volume de material pesquisado para a sua elaboração foi considerável. Montei uma estatística com todos os brasileiros formados em Coimbra a partir de 1557, data do primeiro registro de um nascido no Brasil matriculado no curso de Cânones, e surgiram 3008 nomes. Para fazer esse levantamento foi fundamental recorrer aos arquivos da Biblioteca Geral da Universidade, além de um documento (a revista denominada “Brasiliana”) no qual consta os nomes dos brasileiros que se formaram naquela universidade. Haviam nele, entretanto, muitos erros, como, por exemplo, brasileiros vinculados ao curso de Filosofia em 1720, data que esse curso ainda não existia. Apesar dessas e outras ressalvas, extraí muitas informações interessantes no fichário dos reservados da Biblioteca Geral da Universidade. Muitas das folhas de papel onde estavam os registros de alunos desde o século XVI sequer podiam ser tocadas, pois desmanchavam. O único jeito de virar as folhas era assoprando. Em seis meses fiz o levantamento, mas me fixei principalmente nos formados de 1772, período das reformas implantadas por Pombal, até a Independência do Brasil. Descobri que a nossa intelectualidade, formada após 1772, período pós-reforma, possuía uma formação moderna de qualidade comparável às demais universidades europeias da época, porém muito pouco havia sido escrito sobre essa intelectualidade.

Começemos com um exemplo. Entre 1772 e 1808, sendo este o ano da vinda da Família Real para o Brasil, temos mais de 770 brasileiros formados em Coimbra, o que dá uma média anual gigantesca considerando o período histórico. Para se ter uma ideia, houve períodos dentro da história de Coimbra em que havia mais brasileiros do que



portugueses nos bancos universitários. Quando digo “brasileiros” refiro-me àqueles nascidos no Brasil, porque antes da Independência oficialmente todos eram portugueses. Nos documentos que pesquisei não era incomum encontrar algumas anotações decerto peculiares: “Chegarão brasileiros. Podem cobrar bastante propina,⁶ porque são filhos de fazendeiros e de nobres ricos, etc.” A presença brasileira foi marcante nesse período. Muitos brasileiros se formaram em mais de um curso. Esse foi o grupo de intelectuais que ao voltar para o Brasil construiu o que nós chamamos de elite letrada brasileira. Foram engenheiros, arquitetos, que à época se formavam como matemáticos, médicos, juristas, todos em Coimbra, e foram eles os responsáveis pela montagem do Estado nacional. Naturalmente a presença deles no sentido de pensar o Estado brasileiro está presente até hoje, embora a Independência tenha se dado com a instalação do Império e não com República (como ocorreu nas colônias espanholas), porque o modelo imperial marcou a visão política em Portugal. O Império não significava apenas ter um imperador, mas também a manutenção de um território com todas suas extensões intercontinentais. O século XIX, no que chamamos do novo colonialismo, está muito fundado em uma ideia de Império, tanto que quando esse começa a se dissolver é que inicia a grande crise na Europa.

Esse modelo é um modelo que estruturou as bases de nossas instituições brasileiras e, em se tratando de Direito Penal, o Código Criminal do Império, que perdurou até os finais do século XIX. Foi um modelo não apenas de inovação para o Brasil, mas influenciou também as ex-colônias espanholas na América e o Código Penal da própria Espanha. Foi ele que estabeleceu o sistema de *dias-multa*, no artigo 55, algo que não havia na legislação de nenhum outro país e pode ser considerado o mais democrático do período. Ao que parece, portanto, que essa é uma tradição que perdura se observarmos o mundo do Direito. O curso de Direito de Recife, o primeiro curso superior do Brasil, foi montado pelos brasileiros egressos de Coimbra, por exemplo. Note-se que o curso foi de Direito e não de Cânones e Leis, como no modelo das universidades europeias do início do XIX. Foi mais avançado do que o curso feito por eles em Coimbra, a partir da união do estudo dos cânones e das leis deram origem ao curso de Direito. Se olharmos para o curso de São Paulo, do Largo de São Francisco, esse também foi fundado por essa intelectualidade formada em Coimbra. Há, portanto, toda uma tradição de Coimbra que estruturou a formação dos cursos superiores no Brasil.

3) Em um de seus trabalhos, a Professora analisa os discursos da constituinte de 1823.⁷ Perguntamos sobre o papel da ideia moderna de um sujeito livre e racional na formação do conceito de cidadania.

Durante o estágio pós-doutoral aprofundei a análise sobre os discursos dos egressos de Coimbra na Assembleia Constituinte de 1823. Tais discursos estão transcritos em três volumes que somados passam de mil páginas. Em função de sua importância, concentrei os trabalhos especialmente na análise dos discursos do deputado constituinte SILVA LISBOA, egresso de Coimbra.

No discurso dos constituintes de 1823 há um grande debate sobre quem seriam os cidadãos brasileiros, pois eles defendiam, com base na racionalidade moderna, a ideia de que os indivíduos nasciam iguais. Buscando solucionar o principal problema da teoria do direito natural, que é estabelecer a sociedade ou o Estado ideal a partir do isolamento do indivíduo “natural”, DUMONT, traduzindo Otto GIERKE, estabeleceu primeiramente que há duas teorias do direito: a teoria antiga ou clássica e a teoria moderna. Para os antigos, à exceção dos estoicos, o homem é um ser social e a

6 “Propina”, ao contrário do que sugere o léxico brasileiro, em Portugal é a taxa cobrada pelas universidades para frequentar um curso.

7 GAUER, Ruth Chittó. *Constituição e cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



natureza é uma ordem, e o que se constitui a base natural do direito, para além das convenções de cada *polis*, é uma ordem social em conformidade com a natureza. Influenciados pelos estoicos e cristãos, os modernos entendem que o direito natural não trata de seres sociais, mas de indivíduos que se bastam a si mesmos, feitos à imagem de Deus e depositários da razão. Daí porque os direitos fundamentais da constituição do Estado e da sociedade devem ser extraídos das qualidades e propriedades do homem, enquanto ser autônomo e independente de todo vínculo social ou político.

A igualdade formal eliminaria as diferenças. Essa premissa criou um paradoxo: o indivíduo nasce igual, com direitos iguais, mas no início do século XIX nem todos foram considerados cidadãos com direitos iguais. Os direitos políticos estavam vinculados a uma condição econômica ou a um saber. Os indivíduos com posses ou escolaridade seriam os cidadãos com direitos civis e políticos. Havia outras categorias de cidadãos que não possuíam direitos políticos. Esses critérios vigoraram não apenas no Brasil, mas também no mundo europeu, a exemplo da França e da Inglaterra. A ideia de cidadania, do sujeito de direitos, se organizou a partir da noção de indivíduo e com as codificações e as constituições. No entanto, os direitos políticos que constituem aquilo que entendemos hoje por cidadãos foram uma conquista do final do século XIX e início do XX. Quer dizer, na França, os cidadãos com direitos civis e políticos eram aqueles que pagavam impostos. Aqui no Brasil não foi diferente e seriam cidadãos com direitos civis e políticos aqueles que possuísem uma renda mensal mínima de cem mil réis.

Porém, a grande discussão na constituinte de 1823 não foi “Quem era o cidadão?”, pois já se sabia quem eram estes. A grande discussão foi se os negros alforriados receberiam o título de cidadão. A defesa dos egressos de Coimbra foi no sentido de que seriam, sim, cidadãos. Dos 93 deputados eleitos para a Assembleia Constituinte, tomaram posse 90, dos quais 38 eram egressos de Coimbra. Nesse grande grupo havia representantes do Brasil inteiro, que estavam ali pois eram homens alfabetizados com poder econômico, condição de garantia dos direitos políticos. Podemos ler nos anais da Assembleia Constituinte de 1823 discursos que revelam a visão de deputados sobre os negros alforriados. Em um dos discursos lê-se “[...] negros, botocudos, sem eira nem beira, não podem ter o mesmo privilégio que nós.” Após essa manifestação, SILVA LISBOA proferiu um dos discursos mais importantes da Assembleia, dizendo “Meu senhor, não se trata de privilégios, se trata de direitos.” As discussões foram enormes acerca dessa temática. De todo modo, os constituintes concederam o reconhecimento da cidadania (direitos civis) para os negros alforriados, porque muitos deles já tinham posses e alguns também possuíam escravos.

Enfim, nesses discursos, resta bem claro que a ideia de liberdade, do sujeito livre, daquele sujeito que detinha direitos políticos no sentido de liberdade política, de escolha, de representação, tal como nós compreendemos hoje, foi conquistada ao longo do século XIX e início do século XX.

4) Em 2017 o Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS completa vinte anos de existência. Quando e com quem surgiu a ideia de criar o PPGCCRIM e quais foram as metas estabelecidas e os desafios superados até obter o reconhecimento do qual hoje desfruta?

O programa fará vinte anos, mas a sua história de fato tem vinte e seis. Quando trabalhei na Pró-Reitoria de Pós-Graduação, o Pró-reitor Urbano ZILLES, o então Secretário de Justiça do Rio Grande do Sul, Bernardo de SOUZA, juntamente com o Dr. Miguel do ESPÍRITO SANTO, à época representante do Rio Grande do Sul no Conselho Penitenciário Nacional, vieram à PUCRS solicitar a organização de uma Especialização em Criminologia, com o objetivo de formar



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

um corpo técnico, porque iniciava uma crise muito grande no sistema penitenciário e eles viam a necessidade de especialistas. Imaginem o que se considerou “crise” comparando ao que presenciamos hoje.

Pois bem. O Secretário de Justiça solicitou ao Pró-Reitor que eu assumisse esse projeto em função da minha experiência com a interdisciplinaridade. O Professor ZILLES atendeu à solicitação e disse que era possível elaborarmos, embora eu tivesse dito que nada sabia a respeito. Imaginem, por mais que trabalhássemos interdisciplinarmente, eu não tinha experiência com a área do Direito, mas o Professor ZILLES desde a década de 1970 participava de projetos acadêmicos relacionados, além de ter publicações sobre o tema. Trabalhei nisso com ele em 1986 e fui orientada a entrar em contato com as universidades do Canadá, que já possuíam longa experiência em cursos interdisciplinares e de Criminologia. Solicitamos que nos enviassem um modelo de curso de Criminologia através do meio de comunicação mais rápido daquela época: o fax.

Recebemos as bases curriculares do Canadá e, após o estudo das viabilidades, foram adaptadas para a realidade brasileira. Para a nossa surpresa, quando formalizamos o início do curso, o Ministério da Justiça também manifestou interesse e a partir daí vieram pessoas das mais variadas regiões do país em busca do curso. Formamos três turmas de especialistas em Criminologia. Nesse período eu começava o meu projeto de Doutorado em Coimbra e quando fui para lá a especialização parou.

Enquanto estava de malas prontas para Coimbra, soubemos que estava a concluir na Espanha o Doutorado em Direito, com ênfase em Direito Penal, o Professor Cezar Roberto BITENCOURT. A pedido do Professor ZILLES, falei com ele e, após alguma relutância, aceitou coordenar o curso. Voltei de Coimbra e fui chamada para auxiliar na reelaboração do curso, pois se pretendia adaptá-lo para o nível de pós-graduação *stricto sensu*, inicialmente com turmas de Mestrado. Além do Professor Cezar BITENCOURT, contamos também com o apoio dos Professores Lenio Luiz STRECK, que tinha obtido o título de Doutor na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Gabriel GAUER, da Psiquiatria, e o Professor José Torquato SEVERO, da Neurologia e também diretor da Faculdade de Medicina da PUCRS na época. Posteriormente foram integrados ao curso outros professores. O Doutor Alberto Rufino Rodrigues de SOUZA, da Universidade Católica de Pelotas-RS, na área de Direito. Da Sociologia e da Antropologia compuseram o corpo docente o Doutor Hélio SILVA e o Doutor Emil SOBOTTKA, ambos da PUCRS, tendo o último ainda participado na elaboração do segundo projeto do Mestrado. Dois anos depois passou a integrar o Programa o Doutor Aury LOPES JR.

A primeira turma iniciou em agosto de 1997 e no ano seguinte o Professor BITENCOURT precisou se ausentar. Foi quando o Professor Carlos Alberto ALGAYER, então diretor da Faculdade de Direito, solicitou que eu coordenasse o curso. Respondi que coordenaria até obter o reconhecimento do curso junto à CAPES, a qual demandou a elaboração de um novo projeto. Mantivemos a parte médica a cargo do Professor GAUER (posteriormente contamos também com o Professor Alfredo CATALDO NETO), incluímos questões relacionadas à Antropologia a partir das pesquisas do Professor Hélio SILVA. O Professor Emil SOBOTTKA aprofundou os fundamentos sociológicos e reformulamos a parte do Direito com o auxílio do Professor Alberto Rufino SOUZA. O novo projeto foi aprovado e solicitei a minha saída da coordenação, mas a pessoa que a assumiria não pôde por motivos de saúde, razão pela qual a minha permanência foi estendida.

O curso ficou por mais de dez anos vinculado ao comitê interdisciplinar da CAPES e os Professores da área do Direito entenderam que ele deveria ser remanejado ao comitê de Direito. Em realidade, o próprio comitê interdisciplinar acreditava que no curso havia muito mais questões jurídicas. Tal demanda foi apresentada ao PPG da PUCRS, do



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

qual tivemos um apoio muito significativo e sem ele não teria sido possível a proposta de migração. O Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação, Professor Jorge AUDY, foi fundamental naquele processo de mudança. Foi proposto para o comitê de Direito, na época presidido pelo Professor Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, das Universidade Federal do Paraná (UFPR), dele participando também o Professor Cláudio BRANDÃO, oriundo da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), que auxiliou na defesa da migração do curso. O comitê recebeu o curso e a partir daí passamos para a área do Direito, o que gerou um certo burburinho, porque até então não existia nenhuma faculdade de Direito no Brasil que possuísse dois cursos de pós-graduação *stricto sensu*, sendo comum a existência de um único programa com várias linhas de pesquisa. O que pesou na decisão do comitê decerto foi a especificidade muito grande em relação às questões de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. O que, felizmente, esse programa pensa que faz, e acha que faz bem. Se não fosse verdade, ele não teria continuado até os dias de hoje, contando agora com a formação de doutores. Já há alguns anos que não apenas os estudantes do Brasil procuram o Programa, mas também de outros países, como Moçambique, Angola e países da América do Sul, além de alunos de convênios de cotutela, a exemplo das universidades de Osnabrück (Alemanha) e de Bolonha (Itália).

5) Um dos pontos distintivos do programa é a sua ênfase na interdisciplinaridade. Como se trabalha com as necessárias minúcias um programa interdisciplinar?

O Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS vem se distinguindo desde a sua criação por inovar profundamente na abordagem dos problemas relacionados ao sistema penal e à violência em sentido amplo. Sua vasta produção acadêmica tem como nota distintiva a integração das Ciências Criminais com diferentes áreas, em termos de construção de novos conhecimentos e novas linguagens. Sem descuidar de sólida reflexão epistemológica, o Programa se integra às visões contemporâneas de marcantes e rápidas modificações na lógica de produção do saber, no qual novos influxos são criativamente contabilizados em seu *corpus teórico*. A característica interdisciplinar se situava na multiplicidade da análise da temática da área de concentração denominada Sistema Penal e Violência. Posteriormente, reorientada e reconfigurada em duas linhas de pesquisa: Criminologia e Controle Social e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. Elas visam analisar a questão da violência em seu sentido mais amplo, desde a investigação das patologias individuais, da etiologia e do manejo do comportamento desviante à violência produzida nas e pelas instituições responsáveis pelo seu controle. Igualmente, procura avaliar formas alternativas de controle social e instrumentos para a redução dos danos. Investiga os diversos sistemas jurídico-penais contemporâneos a partir da análise crítica do Direito Penal e Processual Penal, verificando em suas bases teóricas fundantes as diferentes formas de violação e proteção dos direitos e garantias da pessoa humana. Busca verificar os fundamentos discursivos da política criminal contemporânea e sua interação com a dogmática penal e processual penal, bem como suas implicações éticas na condução de um sistema de garantias dos direitos fundamentais.

Esse tom distintivo, ao mesmo tempo em que constitui o seu apelo ao singular, suscita um sistema de referências e práticas rotineiras e inovadoras. A administração de tais práticas exige uma ordem espontânea a qual se constituiu em uma tarefa que só pode ser socialmente gerenciada por um sistema de ajustamentos contínuos e mútuos. A proposta é a de propiciar a apreensão da violência e das formas de atuação das agências de punitividade (sistema penal), bem como dos fatos sociais mais preocupantes e complexos da experiência coletiva. Trabalhando com esses pilares da realidade da vida em sociedade, é aberto amplo espectro de áreas de investigação, sobretudo as que se situam na interface com outros campos das humanidades e da psiquiatria. Os resultados, em termos de produção



de novos conhecimentos e em consonância com a crescente complexidade da sociedade, são dos mais frutíferos e promissores no sentido da necessária renovação que passam os diferentes campos científicos.

As propostas temáticas são transversais, ou seja, um tema não se esgota em uma disciplina. Por exemplo, não dá para pensar que falar de violência pode ser feito somente a partir do Direito e do Processo Penal, nem mesmo apenas pela Criminologia, até porque a discussão realizada por alguns criminólogos em seus diferentes focos teóricos não esgotam essa questão, em que pese FOUCAULT ter dito que a Criminologia não existe. Neste sentido, quando se trata de discutir os problemas que estão vinculados a dados de “realidade” da sociedade brasileira hoje, é fundamental que se tenha uma visão histórica, sociológica e antropológica, conhecimentos de algumas das patologias que atingem os indivíduos e que se manifestam socialmente, além de uma visão bastante apurada acerca das políticas públicas que conduzem as ações para se pensar em uma sociedade mais justa e menos violenta.

Vejam bem, nossas áreas mais pobres, chamadas “áreas de favela”, são áreas totalmente desprotegidas, áreas de vazio de Estado, onde saneamento básico, educação, saúde, tudo aquilo tido como imprescindível historicamente não chega e nosso aluno precisa dispor de um saber que envolve mais de uma área de conhecimento. No Brasil a forma que as políticas públicas buscam resolver essa problemática se vincula apenas à repressão a cargo das polícias, como se fosse possível resolver essa complexa problemática por meio só da atuação policial. Ou seja, as políticas públicas resumem-se à segurança pública e, portanto, não dão conta dos problemas que enfrentamos. Desse modo, a discussão da segurança pública fica muito vinculada ao combate ao crime comum e às organizações criminosas em vez de investir em uma visão de bem-estar social e de segurança pública nacional, como a questão das fronteiras, por onde passam todo tipo de problemas como as drogas, as armas, o tráfico de pessoas e outros assuntos relacionados. Se sabemos que os Estados Unidos enfrentam problemas porque possuem 3.000 km de fronteira seca com o México, imaginemos a situação brasileira, pois temos algo em torno de 17.000 km de fronteira seca. As políticas para pensarem isso devem estar integradas, o que atualmente não ocorre.

Esperamos formar gerações que possuam um conhecimento mais amplo e que atuem na sociedade no sentido de se pensar em melhorar essas condições, mas não somente essas, também aquelas básicas e fundamentais, pois ainda temos enormes carências. Tais problemas são exemplos de temas que apenas serão melhor enfrentados quando compreendidos em suas complexidades, daí a necessidade de formar os futuros profissionais que irão tratar dessas questões com uma compreensão mais adequada. Independente do objeto que o aluno esteja pesquisando, a circunscrição desse objeto – quanto mais fechado melhor para se pesquisar sobre a problemática que se tem – note o seguinte, nenhum objeto que diga respeito ao conhecimento se esgota nele mesmo. A tendência do mundo acadêmico atual é a de ultrapassar as fronteiras entre os conhecimentos.

6) A Professora leciona a disciplina de História das Ideias no PPGCCRIM, tanto no Mestrado quanto no Doutorado. Segundo a sua opinião, qual é a importância da História das Ideias e o diferencial por ela proporcionado na formação daquele que estuda e investiga no âmbito das Ciências Criminais?

Posso citar dois autores que analisam a história com o método interdisciplinar da História das Ideias: Arthur LOVEJOY e Franklin BAUMER. O primeiro afirma ser a História das Ideias a que abre portas nos muros que as especializações criaram, ou seja, ela é interdepartamental. LOVEJOY escrevia quando a estrutura da universidade estava organizada em departamentos, por isso falava em “interdepartamental”. E “abre portas nos muros” porque não fica apenas no



muro da história, no seu circunscrito. Não. Para se falar em História das Ideias faz-se necessário construir uma fala que permita compreender a intelectualidade em seu tempo. Isso significa dizer que para construir uma dissertação ou tese interdisciplinar deve-se ter uma formação que permita ultrapassar esses muros. Nesse sentido, DILTHEY fez muito mais para a introdução do método interdisciplinar: “fez do espírito humano e das suas ideias o fulcro da história”.

É certo que o estudo da História das Ideias é muito importante. Em primeiro lugar, porque é possível por meio dela que o aluno das Ciências Criminais conheça o método interdisciplinar. Mas eu não diria que fica só nisso. Procura-se transmitir uma compreensão ampla de cada época, de suas características, assim como das bases dos pensamentos que estruturaram cada período histórico, de modo que se consiga atingir a compreensão de forma ampla acerca de como os homens de determinada época pensavam. Como se pode falar do século XVIII sem compreender os diferentes pensamentos que predominaram em tal século? E para pensar como se pensava no século XVIII, temos de pensar que são ao menos dois séculos XVIII. Por isso, é de suma importância compreender quais foram os grandes intelectuais que construíram as bases da ciência moderna, como a tradição legada por DESCARTES e BACON, assim como identificar os vários iluminismos, tendo em conta como eles foram construídos nas mais diversas universidades europeias. Como pensarei que essas ideias não se esgotaram no século XIX e foram reorganizadas no final do mesmo século? Para uma melhor compreensão faz-se necessário conhecer as principais críticas a esses homens do período iluminista, construídas principalmente pelos adeptos do movimento romântico.

Penso que se pode auxiliar muito também no âmbito das Ciências Criminais, como, por exemplo, ampliar o conhecimento sobre a construção da estrutura punitiva na sociedade ocidental – para não falar nas formas punitivas de outras que não vem ao caso. O conhecimento da estrutura da tradição judaico-cristã e do Direito do início da modernidade permite ir além da estrita análise das leis. Pode-se dizer, então, que algumas tradições, na realidade, não desapareceram, se reelaboraram, se reestruturaram. Segundo alguns historiadores do Direito, a primeira grande revolução do mundo ocidental ocorreu entre o final do século X e início do século XI. Tal visão, defendida sobretudo entre os norteamericanos, tem como marco inicial a revolução promovida pela Igreja, ao criar o Estado eclesiástico, que fundou a estrutura do Estado moderno. Quem afirma essa tese é um historiador muito importante, Harold J. BERMAN, na sua obra “Direito e Revolução”. Para este autor as grandes revoluções ocorrem porque há uma distância muito grande entre a vivência da sociedade e a legislação em vigor. Quando a diferença é abissal, o processo revolucionário acontece. Sob esse enfoque a História das Ideias é fundamental.

7) Outra disciplina que a Professora leciona no PPGCCRIM denomina-se Memória e Ressentimento. O que se discute e se busca neste espaço?

Além da História das Ideias no PPGCCRIM, leciono no Programa de Pós-graduação de História uma disciplina denominada História e Memória, e de maneira recorrente me reúno com pesquisadores de diversas universidades que promovem encontros para discutir os sentimentos na História. Há certo consenso de que o ressentimento se encontra ligado ao ódio, à dor, ao rancor, à inveja, a vários sofrimentos manifestados nas diferentes formas de angústia. Esses sentimentos, entre outros, refletem diferentes conflitos que desejamos ou rejeitamos. Podemos afirmar que o ressentimento se constitui em uma das dimensões da condição humana. Refletem ainda a sensibilidade e ao mesmo tempo a faculdade de conhecer as diferentes dimensões, moral, intelectual e psicológica do ser humano.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

Como o historiador consegue trabalhar os sentimentos na História? Principalmente com a história dos grandes problemas que ocorreram no mundo, ocidental sobretudo, e que legaram formas de ressentimentos que ainda perduram. Por exemplo, a questão do Holocausto permite pensar no ressentimento mútuo: alemães em relação aos judeus e os ressentimentos destes que sobreviveram em relação aos primeiros.

Por que memória e ressentimento? Porque todo ressentimento é construído pela memória de algo negativo que ocorreu. E qual é o papel da memória e do tempo? O tempo não é um processo real, uma sucessão efetiva que limitaria a registrar. Nasce de minha relação com as coisas. Para pensar a memória recorre-se a BERGSON, um dos principais teóricos sobre o assunto. O autor busca demonstrar que o passado se conserva inteiro e independente no espírito e que seu modo próprio de existência é um modo inconsciente. Na percepção de BERGSON, o passado sobrevive de duas formas: em mecanismos motores e em lembranças independentes. O que interessa a essa pesquisa são as lembranças independentes, ou seja, aquelas que estão fora da lembrança-hábito, mas que os indivíduos recorrem para se identificarem com um determinado grupo social. O autor permite uma compreensão de que o passado não pode ser reproduzido da mesma forma que ocorreu, porque toda vez que pensamos em algum fato ocorrido, este fato se presentifica. Assim sendo, todo o ressentimento é reconstruído.

Como é possível construir um discurso viável para analisar eventos passados e não criar condições para a manutenção dos ressentimentos? Os ressentimentos são responsáveis por vários conflitos que não precisariam existir, conflitos que não se justificam, conflitos religiosos, muitas vezes como os que vivenciamos hoje. Levando isso em consideração, em várias situações uma maior compreensão da função da memória poderia contribuir para que certas formas de violências não ocorressem mais. Mas não é só através do estudo da memória e do ressentimento que se trabalham os sentimentos na história. Trabalha-se também com o medo, a ira, o ódio, e vários sentimentos outros que dizem respeito à História, porque a História é a ciência que busca no tempo e na memória construir uma visão sobre o ser humano.

8) Em um de seus principais livros,⁸ a Professora afirma que na contemporaneidade a violência ganha dimensões que ultrapassam qualquer racionalidade, onde aqueles direitos voltados à proteção da ideia de indivíduo já não possuem o lugar que almejaram e não atendem às complexas relações sociais. Nesse quadro, a que papel corresponde o Direito e, em especial, o Direito Penal?

Por que a violência ganha essas dimensões? Na condição de historiadora, penso que os conflitos mais graves da história da humanidade podem ser apontados como as duas grandes guerras ocorridas no século XX, conflitos que geraram violências absurdas tais como genocídios – não só por parte dos alemães. Os ingleses colocaram um número enorme de pessoas no deserto e forneciam apenas um litro de água por pessoa ao dia, ou seja, foram colocadas em prática várias formas de eliminação em massa. Porém, o que quero dizer quando afirmo que a violência ganha essas dimensões que ultrapassam qualquer racionalidade? Como se poderia imaginar que a violência poderia chegar aos níveis que conhecemos hoje? Pensemos no terrorismo. Historicamente, essa forma de violência, conflitos de alta complexidade, não existia, trata-se de um fenômeno contemporâneo. É uma dimensão da violência que sequer imaginávamos. Mais. Ela destrói qualquer possibilidade de pensar que há um controle estatal sobre os indivíduos para que eles não pratiquem determinados atos. As torres do World Trade Center, por exemplo, foram derrubadas com aviões comerciais. Não se precisou de arma alguma. Por sua vez, na Bélgica, há um bairro inteiro em vigilância constante, porque lá moram pessoas identificadas como possíveis membros de grupos terroristas. São pessoas que

⁸ GAUER, Ruth Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.



possuem um nível aceitável de educação. Elas não estão em favelas e tampouco tiveram problemas relacionados à falta de alimentos e outros cuidados essenciais. Apesar disso, são pessoas que admitem colocar explosivos no próprio corpo para servirem de homens-bomba, suicidas. Vejam o nível dos ressentimentos que são transmitidos a essas pessoas. É uma dimensão da violência difícil de compreender.

Para além, como podemos pensar na violência, que é algo que está chocando o mundo atualmente, sofrida pelas pessoas que atravessam o mediterrâneo e entram “ilegalmente” na Europa porque não tem condições de viver em seus países? Como podemos pensar a violência que ocorre na África, onde chegaram a raptar duzentas meninas pelo simples fato de elas estudarem? O continente africano foi descolonizado após a Segunda Guerra Mundial. Os europeus que utilizavam grande parte dos territórios abaixo do Saara se retiraram e a conta veio. O papel do ocidente nessas áreas de certa forma ocasionou uma dimensão absurda da violência. Mas eu diria que essa violência desproporcional foi vivida por um longo período do século XX. Já o século XXI gerou novas formas de violência difíceis de serem controladas, visto que a velocidade de nosso tempo destruiu a estrutura de controle dos Estados que foi construída ao longo dos últimos séculos.

É paradoxal vivermos em uma sociedade que cada vez mais aumenta as formas de controle e que essa mesma “sociedade do controle” não seja capaz de controlar as diferentes formas de violência. Somos todos vigiados, nossos computadores fornecem informações do que fazemos, as ruas estão monitoradas por câmeras, assim como os edifícios que moramos, e tais medidas, ao invés de trazerem para a sociedade uma tranquilidade, trazem mais violência.

O Direito tem um papel essencial, mas um papel essencial que eu penso estar em crise. Por quê? O Direito Penal porque não adianta pensar que a pena resolve, ela só cria mais problemas, principalmente quando se consegue lotar os presídios com crimes de bagatela, de usuários de drogas, deixando impunes os grandes traficantes que lavam dinheiro, compram armas, financiam guerrilhas e promovem mais violência. Mas a crise, em realidade, se dá porque, dentro de um mundo com essa violência e na velocidade em que vivemos, a garantia dos próprios direitos é que está em crise. Portanto, se garantir os direitos é uma coisa que as instituições já não conseguem, o próprio Direito está em crise. Aumentar o número de leis não traz solução.

9) Em recente publicação sobre democracia participativa,⁹ a Professora recorre ao conceito de massa de Ortega y Gasset¹⁰ para explicar a atual relação entre democracia e política. O que tal perspectiva tem a nos oferecer para uma melhor compreensão da situação brasileira contemporânea? Qual é a importância para o brasileiro ler *A rebelião das massas*?

Penso que este é um livro que todos deveriam ler, não só os brasileiros. ORTEGA Y GASSET, filho de jornalistas, escrevia artigos no jornal da família sobre os mais variados temas, entre eles questões relacionadas à formação da sociedade de massa. Ele proclamou que “o fato mais importante da época contemporânea foi a ascensão das massas”. Viveu na época em que a urbanização na Espanha e no resto do continente europeu alcançava índices vertiginosos: dos finais do século XIX ao início do XX. Ou seja, viveu em um período no qual a segunda revolução industrial já havia

9 GAUER, Ruth Chittó. Notas críticas à democracia participativa à luz da sociedade de massa. *Revista DUC In Altum Cadernos de Direito*, Recife, v. 7, n. 11, p. 87-96, 2015. Disponível em: <<http://www.faculdedamas.edu.br/revistas/index.php/cihjur/article/view/424/446>>. Acesso em 05/06/2016.

10 ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Tradução de Herrera Filho. SL: Editora Castigat Ridendo Mores, 2001. p. 61-69.



ocorrido, em que a indústria substituiu gradativamente o carvão pela energia elétrica e pelo petróleo e o ferro pelo aço. Em uma escala sem precedentes, por causa da instalação das fábricas em áreas urbanas, precisava-se de mão de obra muito maior do que a exigida na primeira revolução e, por isso, estimulou um êxodo rural muito grande e, em um segundo momento, trouxe a possibilidade do aumento da produção agrícola, diminuindo a fome e aumentando a expectativa de vida e, conseqüentemente, a demografia. Mas não só por causa do desenvolvimento da produção agrícola, também porque se criou condições para que se construíssem navios de aço, muito mais leves do que os de ferro, acarretando em velocidades maiores, e com a energia elétrica a possibilidade de refrigeração permitiu o transporte de alimentos que sem essa nova energia não teria sido possível transportar. Permitiu, ainda, a ampliação do mundo, como se diz, o mundo globalizado, porque os fios de energia elétrica e os cabos telefônicos não têm fronteiras. Ali começou realmente a globalização, a urbanização do mundo que nós conhecemos hoje.

Esse mundo urbano dará ensejo à formação de grandes aglomerados populacionais que passarão a reivindicar os seus direitos. Para além disso, há um momento determinante no final do século XIX e início do XX que fará com que os sindicatos passem a ter um papel importante. Os trabalhadores das indústrias, como mão de obra essencial a estas, começam a compreender o papel que têm no mundo da política. Há também nesse período uma grande influência das teorias marxistas. Ademais, nesse momento surgem os partidos políticos, inexistentes até a década de 1930, pois antes existiam apenas associações e clubes que se organizavam na época das eleições para indicar um candidato como representante.

As massas começam a reivindicar direitos políticos. Os sindicatos começam a se organizar de forma permanente, já que os clubes, associações e demais organizações eram temporários e não existiam durante o ano todo, apenas na época das eleições. Com isso, pressionam a existência do que hoje chamamos de partidos políticos. Embora o termo “partido” existisse, ele não era entendido como hoje, já que não tinha uma estrutura de vida permanente. Evidente que esses partidos políticos começam a desempenhar um papel de grande importância dentro do processo democrático, porque os indivíduos eram indicados e eleitos para representar grupos e interesses dos mais diversos e tudo se depositava em termos de importância política dentro do processo democrático no parlamento. Com a instalação dos partidos políticos, o parlamento foi deslocado para um segundo plano e os partidos passam a ter um plano mais importante, porque são eles que irão indicar os candidatos.

O que o BARRACLOUGH diz sobre isso? Diz que com a oficialização dos partidos políticos pelas constituições abririam as portas para a corrupção. Por que ele diz isso? Porque os partidos seriam a estrutura mais importante do processo democrático, e, para estes terem condições de defender aquilo que seus candidatos discursam, precisariam de coligações. Essas coligações seriam feitas via corrupção. Essa é a democracia que conhecemos aqui no Brasil e em todos os países. Em especial no Brasil, com seus 35 partidos políticos, não é concebível que existam tantas ideias geniais diferentes para governar. O que existe, na realidade, são partidos que negociam espaço, na televisão e no parlamento. Então, se as massas ganharam o direito ao voto, a grande reivindicação onde os direitos políticos são universalizados - não são apenas homens com dinheiro ou com propriedade, bens ou com educação que votarão - e o voto atingiu a todos, inclusive as mulheres, o que no Brasil ocorreu na década de 1930, por outro lado, as democracias passaram a se tornar democracias de massa, porque ao mesmo tempo que esses direitos políticos são concedidos, surgem os partidos políticos. Esses partidos compreenderam rapidamente a importância de ter candidatos populares e estes teriam o voto das massas, as quais, segundo ORTEGA Y GASSET, não pensam, são massa de manobra.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

O historiador Geoffrey BARRACLOUGH, ainda na década de 1960, diz que só os muito ingênuos pensam que as pessoas vinculadas à televisão ou ao mundo público não sejam candidatos e eleitos. Ler a Rebelião das massas é compreender a importância das mesmas no processo democrático.

10) A Professora possui formação em várias áreas, exceto a jurídica, embora participe ativamente na formação de pesquisadores em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Qual é a sua opinião, na condição de “observadora externa-interna”, do presente cenário das Ciências Criminais no Brasil? Quais são os méritos ganhos e deméritos a serem suplantados?

Embora eu seja de fora, há tanto tempo que trabalho com os pesquisadores do Direito que de certa forma internalizei algumas premissas. As Ciências Criminais no Brasil, como em qualquer lugar do mundo, desempenham um papel muito importante, pois não podemos pensá-las como no início do século XX. Elas vão ganhando as mais diversas dimensões. Quem falava há trinta anos atrás, senão algumas raras pessoas, em crimes ambientais? Quem pensava que fossem necessários especialistas em Tecnologia da Informação para apurar a responsabilidade penal de quem abusa das novas tecnologias para denegrir alguém, por exemplo? Enquanto a sociedade, independentemente de sua época, acreditar que devam existir limites e punições para quem ultrapassar aqueles, as Ciências Criminais serão necessárias e presentes, tendo de adequar-se rapidamente a tudo aquilo que a tecnociência trará de inovação.

Então, considerando que os especialistas em Ciências Criminais, sobretudo oriundos da área do Direito, devem se atualizar, ampliar seus conhecimentos, penso que a melhor forma para que isso ocorra é por meio de uma formação interdisciplinar. Por que se ele não tiver informações sobre computação, como poderá pensar em construir a defesa ou acusação de alguém? Ou contrata um especialista ou amplia o seu conhecimento. Se não tiver a mínima condição de informação sobre quais os danos que determinados produtos químicos podem ocasionar para o meio ambiente, como elaborará a acusação ou defesa em tais casos? Da mesma forma, como poderá suspeitar que alguém acusado da prática de um ilícito pode ser um indivíduo portador de uma patologia psiquiátrica sem dispor de conhecimentos mínimos sobre o assunto? São apenas alguns exemplos. Logo, a área das Ciências Criminais é por excelência interdisciplinar e precisa de contínua reestruturação para dar conta das inovações dos tempos atuais, porque, se o direito penal ainda é o lugar do limite e o lugar da punição, o lugar dele na sociedade, enquanto for a instituição responsável por isso, será legítimo e terá seu espaço ampliado em face das diferentes formas de violência que vivenciamos. Enquanto existir a sociedade como nós pensamos hoje, as Ciências Criminais estarão aí e acho que vocês têm tudo para cada vez mais ampliar esse papel na sociedade, o que é muito importante. Sempre haverá a possibilidade de inovação e o mérito está na inovação. Deméritos? Nenhum. Para quem estuda, quem se preocupa, quem busca contribuir para uma sociedade melhor, não dá para apontar algum demérito. Por outro lado, não é possível pensar que a ampliação da ação social só se dará via Ciências Criminais, ela se constitui apenas em um dos meios. Por isso, pensar apenas na lei como instrumento de coação para a violência e para os ilícitos é uma simplificação, a busca de outras ferramentas e novos saberes é o que devemos atingir. Os conflitos atuais, conflitos de alta complexidade, não devem ser tratados somente por meio da repressão da lei e dos aparelhos de repressão do Estado.



JUSTICIA PENAL INTERAMERICANA: EL SINALAGMA DE CONVENCIONALIDAD EN ARGENTINA

Eduardo Bernabé Toledo

Doutorando em Direito Penal Internacional na Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Mestre em Direito Penal Internacional e Europeu pela Universidade de Limoges. Professor do Programa de Mestrado em Direito Penal e Ciências Penais da Universidade Nacional de Cuyo e atuou como Professor Visitante em Universidades da América Latina. Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e da Associação Internacional de Ciências Sociais do Reino Unido. Diretor Jurídico Sênior em Direito Penal Internacional na Academia Internacional dos Princípios de Nuremberg/Alemanha.

Resumen: La República Argentina ha ratificado muchos tratados internacionales que protegen derechos humanos, sin embargo pocas veces se ha descripto la conexidad que puede existir entre algunos. Esta investigación indaga sobre la influencia en el orden doméstico, y las consecuencias jurídicas, de la relación entre los sistemas normativos del Estatuto de Roma, creador de la Corte Penal Internacional (CPI), y de la Convención Americana, que regula el funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dando por sentado que existe una mutua influencia, a través de un enfoque cualitativo, se tratará de desarrollar un concepto prospectivo: el Sinalagma de Convencionalidad. Por ejemplo, ¿de cuáles garantías gozará una denuncia de un delito de la competencia de la CPI ante los tribunales argentinos? ¿Y la cooperación internacional con ese tribunal?

Qué ocurriría si dijéramos que, además de lo previsto por la Constitución Nacional, la denuncia está amparada por el Control de Convencionalidad que obliga a ajustar todo acto estatal a la Convención Americana de Derechos Humanos. En el análisis se incluye una solución para el sistema penal, este deberá coadyuvar siempre a proteger los derechos humanos respetando ese entramado de normas de fuente internacional.

Palabras clave: Control de Convencionalidad - Derechos Humanos - Protección indirecta - Corte Interamericana - Sistemas penales domésticos

Abstract: The Argentine Republic has ratified many international treaties that protect human rights; however, the connection that may exist between some of these treaties has rarely been described. This paper investigates the influence on the domestic order, and the legal consequences, of the relationship between the normative systems of the Rome Statute, creator of the International Criminal Court (ICC), and the American Convention, which regulates the functioning of the Inter-American Court of Human Rights. Assuming that there is a mutual influence, through a qualitative approach, we will try to develop a prospective concept: the Sinalagma of Conventionality. For example, what guarantees will a complaint of a crime under the jurisdiction of the ICC have before the Argentine courts? How would an international cooperation with this court work?

What would happen if we said that, in addition to the provisions of the Country's Constitution, the complaint is supported by the Conventionality Control that requires that every state action is adjusted to the American Convention on Human Rights. The analysis includes a solution for the criminal system, which must always help to protect human rights by respecting this international body of laws.

Keywords: Conventionality Control - Human Rights - Indirect Protection - Inter-American Court - Domestic Criminal Systems.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

Resumen: Introducción. I.- Sinalagma de Convencionalidad. II.- Influencia del Sinalagma de Convencionalidad Penal. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

La base rectora del derecho internacional de los derechos humanos son los principios de Universalidad, Indivisibilidad y Progresividad, estos han acompañado su evolución en la salvaguarda de las personas que se encuentran bajo la esfera que tuvieron los Estados y luego los órganos internacionales, cuando finalmente entraron en vigor sus respectivos marcos jurídicos. Debido a la particularidad de cada uno de estos, existen diferencias entre los institutos que se han creado para ampliar los espectros nacionales de protección y aquellos avances foráneos (producto y consecuencia de los anteriores) que se han importado para empujar los límites jurídicos.

En el sistema de los Estados Americanos esto ha sido extremadamente positivo. Sin desconocer los problemas que enfrentan, cada día, las víctimas de violaciones sistemáticas junto a la falta de protección ante toda ausencia de acceso a los derechos básicos de subsistencia de grandes comunidades a lo largo del todo el continente; si dirigimos nuestra mirada hacia África, Asia u Oceanía podemos afirmar que la creación de la Comisión Interamericana, y luego la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CortelDH), ha sido la razón para que millones de individuos logren amparo gracias al control de un órgano internacional con el fin de reparar situaciones que afectaban profundamente sus condiciones de vida.

De relativa proximidad temporal, otro organismo que comparte estos principios es la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), que desde 2002 se encuentra en actividad permanente con el objetivo de determinar responsabilidades penales individuales de aquellas personas que podrían haber cometido alguno de los delitos de su competencia. A la fecha, y hasta la revisión que se ha fijado en 2017, en virtud del artículo 5 de su estatuto pueden ser investigados los Crímenes de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y el Genocidio¹.

La mayoría de los Estados Americanos ha ratificado el documento fundador de la CPI y existe un acercamiento político entre ésta y la Organización de Estados Americanos (2015), lo cual ha motivado planes de la Comisión Permanente de Derecho Internacional y un trabajo de promoción para la ratificación del Estatuto de Roma (en adelante, Estatuto de Roma o ER) en el Continente Americano. De la misma manera, la UNASUR (2015) ha comprendido la importancia de acompañar la evolución del derecho internacional en su rama penal y ha expresado su apoyo a la institución con sede en La Haya. Todo esto concluyó en un Memorando de entendimiento entre la CPI y la CortelDH (2016) para afirmar un proceso evolutivo de cooperación entre los dos tribunales y cómo se tratará el “diálogo” de la jurisprudencia que sigue a los ordenamientos jurídicos de cada una.

Nuestro sistema regional de protección de derechos humanos (en adelante, DDHH), en concordancia con sus textos fundadores, ha tenido la posibilidad de demostrar a través de su jurisprudencia que la voluntad y el espíritu de algunos jueces con sus ideas progresistas pueden crear nuevos institutos que servirán a mejorar la letra de convenciones, pactos y protocolos que podrían ser olvidadas o caer en desuso por falta de ratificaciones de parte de los Estados. Uno de

¹ Respecto del crimen de Agresión previsto en el texto del estatuto desde la revisión de la Conferencia de Kampala en 2010 y que espera las ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, es conveniente dirigirse a Pezzano, L. (2015). El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza? Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal ANIDIP, 4, 86-104.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

esos ejemplos es el principio pro homine, o mejor, el principio pro persona que fue previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH o CA) en su artículo 29 y que incluye una cláusula de interpretación de los textos del sistema interamericano, a fin de evitar la limitación del goce de los derechos humanos.

A partir de este, en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile² se desarrolló un instrumento que hoy es fundamental para asegurar la protección de los individuos que se encuentran en un Estado que haya ratificado la CADH y que haya aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el Control de Convencionalidad. Dado que su análisis histórico es ajeno al objetivo del presente trabajo, me limito a citar un párrafo de la sentencia que es necesario para justificar los avances interpretativos de todo tratado internacional:

(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En otra sentencia³ podemos encontrar que esa primera aparición se hace presente a través de las palabras del Juez García Ramírez:

[I]a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida – insisto- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.

Las normas interpretativas son comunes en los tratados internacionales que se encuentran en vigor en Argentina, y en la región en general, debido a que tienen la función de salvar las lagunas que se puedan llegar a presentar al dar respuesta a las plataformas fácticas analizadas, sin embargo, los serán aplicables siempre que no contravengan la Convención Americana. De esta manera, el control de convencionalidad es compatible y complementario al control de constitucionalidad que emerge de los ordenamientos jurídicos integrantes del Sistema Interamericano de protección de DDHH⁴. Como se verá en los siguientes párrafos, disentimos con la postura que pretende que “el

2 CortelDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 154, párr. 124.

3 CortelDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, nº 158, voto razonado Juez García Ramírez, párr. 7 y 8.

4 En los siguientes artículos se puede observar una postura crítica del Control de Convencionalidad, esto significa que la discusión está viva entre los analistas jurídicos y merece atender su evolución en los años venideros:

· Henríquez, Miriam Lorena, & Núñez, José Ignacio. (2016). El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (21), 326-339.

Recuperado en 21 de junio de 2016, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572016000100017&lng=es&tlng=es

· Nogueira Alcalá, H (2012): “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial,



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

sistema interamericano, a diferencia de otros sistemas jurídicos, no abre sus sistemas de las fuentes a todo el derecho internacional” (Malarino, 2010 p.29).

Podemos afirmar entonces que allí se encuentra la finalidad primera de esta creación jurisprudencial y, agregamos en este análisis, también se podrían utilizar normas exógenas al Sistema Interamericano para dar luz a todos los exámenes jurídicos que carezcan de sustrato americano. Como lo afirma Faundez Ledesma (2004) a partir del art. 2 de la CA:

(...)la Corte [Interamericana] ha dicho que, en el Derecho Internacional (‘derecho de gentes’, según el tribunal), una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas, y que esta norma ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente; por lo tanto, es en ese orden de ideas que la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. (p.76).

El Estatuto de Roma, fuente de obligaciones internacionales para la República Argentina desde el 16 de enero de 2001⁵, en su artículo 21 determina cuál será el camino a seguir en caso de necesitar una interpretación del cuadro normativo y dónde se encuentran los límites para esto. El derecho penal internacional⁶ tiene por objeto la protección de bienes jurídicos, que no son otros que los derechos humanos internacionalmente reconocidos, esto implica la armonización de valores que pueden y deben reconocerse como globales. Asimismo, y claramente como última ratio, esta comunidad de valores se afirma a través de la descripción de conductas como delitos que generan responsabilidad penal nacional o internacional, independientemente de los tribunales que declaren su competencia y en virtud del principio de complementariedad que surge del preámbulo del ER.

En particular, el artículo 21.1.b permite la aplicación de tratados exógenos al sistema creado por el ER y de la misma manera permite que los jueces de la Corte tomen interpretaciones jurisprudenciales de otras jurisdicciones como la cortes regionales de derechos humanos, o de aquellos jueces que “normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen” (art. 21.1.c). Esta puerta abierta es compatible con la posibilidad de avanzar hacia la protección y la prevención de la comunidades afectadas por largas cadenas de impunidad.

El presente trabajo intenta analizar la consecuencia jurídica de la relación entre los sistemas de normas de la Corte Penal Internacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el territorio argentino. En el supuesto que el derecho penal proteja derechos fundamentales, qué ocurriría con una denuncia de las víctimas de un delito de la competencia de la CPI ante los tribunales argentinos. ¿Estaría ésta amparada por el control de convencionalidad? Si pudiéramos pensar en estos términos, la tipificación de delitos del derecho penal internacional en el ordenamiento

para los Tribunales Constitucionales”, en A.A.VV. El Diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. (coord. por H. Nogueira), Santiago (2012): Librotecnia, pp. 279 - 351.

5 La ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional fue aprobada por la Ley N° 25.390, 16 de enero de 2001, la implementación se realiza con la Ley 26.200, sancionada el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 5 de enero de 2007.

6 En el presente trabajo cuando nos referimos a ‘derecho penal internacional’, en base a una elección jurídico-filosófica de tradición internacionalista que aún carece de la fuerza necesaria para calificarla de mayoritaria, estamos hablando de las norma de Derecho Internacional que disciplinan la incriminación de los delicta juris gentium por Tribunales internacionales. De la misma manera, la ley 26.200 que implementó el Estatuto de Roma en la Argentina utiliza esta terminología.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

interno significará la protección de los derechos humanos como bienes jurídicos reconocidos de manera global (en una comunidad de valores), lo que nos permitirá inferir que al poner en conocimiento a las autoridades estatales hechos que prima facie encuadren como crímenes internacionales, las autoridades argentinas deberían tener una respuesta superadora del test de convencionalidad que permitan una investigación efectiva.

I.- Sinalagma⁷ de Convencionalidad

El desarrollo pretoriano del Control de Convencionalidad ha funcionado desde su reconocimiento en la jurisprudencia de la CorteIDH como una herramienta para sancionar, y en su caso evitar, las violaciones a los derechos humanos en la región. Este instrumento entraña un desarrollo que podrá traspasar los límites geográficos y que reaviva la bien conocida Cláusula de Conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸. No es nuevo pensar en un principio de armonización que pueda ser común a los tribunales internacionales, aún cuando tengan competencias diferentes en base a sus estatutos o regulen diferentes ramas del derecho. Este análisis y su vocación de ampliar los espectros de protección me llevan a plantear una herramienta que se desprendería del uso, con fines de interpretación, de otros instrumentos internacionales a partir del principio pro persona: el Sinalagma de Convencionalidad.

Es posible darle ese nombre al grupo de relaciones jurídicas que tendrían lugar a partir de la combinación normativa de los artículos 29 de la Convención Americana⁹ y 21 del Estatuto de Roma¹⁰; su conjugación generaría para los tribunales argentinos la obligación de controlar la convencionalidad de sus sentencias penales, de investigar y cooperar en la investigación de los delitos positivizados por la ley que implementó el ER. Ello en base al sistema interamericano que, como ha sido establecido por la jurisprudencialmente, permite a los jueces nacionales realizar un control de todos los actos que emanen de un órgano de gobierno e incluye la posibilidad de realizar un control anterior al otorgamiento

7 Según la Real Academia Española en la edición 23^a de diccionario (2014) "sinalagmático" proviene del griego $\sigma\iota\lambda\alpha\gamma\mu\alpha$. Sinalagma, cambio o influencia en el sentido metafórico, sería $\sigma\iota\lambda\alpha\gamma\mu\alpha$ y no está reconocida. Si bien tiene una acepción referida al mundo de los contratos y a los intercambios bilaterales que las partes se obligan a realizar, en la lengua griega se hace referencia principalmente a los intercambios que se pueden realizar entre dos entes y también se refiere a las mutuas influencias que se producirían.

8 El análisis histórico de la Cláusula de Interpretación conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos (1976) excede la finalidad del presente trabajo.

9 CADH - Artículo 29 - Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

10 ER - Artículo 21 Derecho aplicable - 1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. 2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

de cualquiera de ellos. En caso del test de Convencionalidad, el control concentrado internacional es efectuado por la Corte Interamericana en su función contenciosa.

Si se analiza el ordenamiento jurídico argentino y su control de constitucionalidad difuso donde son los tribunales quienes protegen, caso a caso, los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional, debemos determinar cuál es la responsabilidad de los tribunales penales argentinos, en relación a todo el ordenamiento interno, y no solo el plexo constitucional, para realizar un efectivo control de convencionalidad a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos. Y, por supuesto, determinar las relaciones que ésta tiene con las normas que fueron completando un sistema híbrido que refuerza la jurisdicción nacional/territorial pero que está nutrido por normas internacionales¹¹.

Del Sinalagma de Convencionalidad se desprende que los DDHH, comprendidos en cualquier instrumento internacional, tienen preeminencia sobre toda interpretación estatal que se realice de leyes nacionales o internacionales. En el caso del Estatuto de Roma, sus artículos 21.1.b y 21.1.c confirman esta extensión, luego de hacer una referencia a los “sistemas del mundo” que pudieran ejercer la jurisdicción sobre el delito investigado, en razón de que cualquier referencia a estos debe respetar las normas, los estándares internacionales y los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

Por el contrario, en la forma que está diseñado el artículo 21, su párrafo tercero es una norma de control de la aplicación del estatuto, doble conformidad a los DDHH, “su posición es externa, y efectiva sobre la jerarquía del artículo 21.1, para ubicarse aun sobre las provisiones del estatuto mismo. En este sentido el artículo 21.3 representa una provisión quasi-constitucional” (Sheppard, 2010, p.46). Como lo tiene reconocido la jurisprudencia actual y constante, funciona como dique de contención para que todo lo actuado sea compatible con el respeto de los estándares internacionales.

Lamentablemente, en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, aún cuando comenzamos a encontrar el uso de algunos elementos del derechos internacional de los derechos humanos, podemos trazar algunas líneas de evolución que son preocupantes para el progresivo avance de los DDHH en armonía con el principio de Universalidad. Si bien esto excede el análisis del presente trabajo, la Sala de Apelaciones entiende que la Corte debe interpretar el ER y también debe aplicar la ley penal internacional de acuerdo a los derechos humanos internacionalmente reconocidos¹². Por ejemplo, en la sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso Lubanga se citó a la Convención de los Derechos del Niño de 1989, en otro caso la Convención para la prevención y sanción del crimen de Genocidio de 1948¹³ o, en la sentencia del caso Bemba para dar fundamento al término pillaje las Reglas de La Haya (1907)¹⁴, el código Liber (1863) o las Convenciones de Ginebra .

11 Cfr. Delmas-Marty, M. (2003). La Cour pénale internationale et les interaction entre droit interne et international. Revue de Science Criminelle, Janvier/Mars 2003, Editorial Dalloz. p. 1 a 11.

12 Corte Penal Internacional. Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-772, Judgement on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defense Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006, paras. 36 and 37, 14 December 2006; Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-1487, Judgement on the appeal of the Prosecutor against the decision of TC I entitled 'Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3) (e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008', paras. 76 to 83, 21 October 2008.

13 Corte Penal Internacional. Case The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Situation in Darfur/Sudan. ICC-02/05-01/09-3, 4 April 2009, paras. 117.

14 Corte Penal Internacional. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-3343, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, para.113. 21 March 2016.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

La aplicación del Estatuto [de Roma], las Reglas [de procedimiento y prueba], y las otras fuentes subsidiarias de Derecho incluidas en el artículo 21(1) tendrán que producir siempre un resultado compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, aún si tal objetivo no surge de la aplicación del Estatuto, las Reglas, y las otras fuentes subsidiarias de Derecho proporcionadas por el artículo 21(1), como son interpretadas de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la CVDT [Convención de Viena] adoptada el 23 de mayo de 1969. Esta interpretación sostiene la conclusión que los Derechos Humanos Internacionalmente reconocidos constituyen una fuente adicional de Derecho. (Bitti, 2015, p.437).

Así, la preeminencia de las normas para su aplicación, una vez consolidado el sistema internacional de protección de los derechos humanos, apoyado por las interpretaciones regionales y las discusiones sobre el reconocimiento de nuevos derechos que se van afianzando, debe ser la guía permanente de los tribunales nacionales e internacionales.

Los principios generales pueden también, de acuerdo con la opinión predominante, ser extraídos desde todo el espectro del soft-law internacional, como una forma de opinio juris sin la concordante práctica de los Estados. Tal entendimiento moderno de los principios general lleva a una asimilación de la costumbre internacional y los principios generales a todos los 'principios y reglas de derecho internacional' en el sentido del artículo 21.1.b del ER. (Ambos, 2013, p. 76)

Más aún en el caso de la Corte Penal Internacional, como incipientemente lo vienen manifestando algunos fallos de confirmación de cargos y de juicio, donde todavía no existe una unidad de criterio sobre si se deben utilizar como principios de armonización/interpretación los DDHH englobados por el ius cogens, aquellos que se encuentran en los listados de los tratados/convenciones en vigor o, y ésta es la postura que entiendo debe adoptarse, si el sistema debe considerar todos los derechos fundamentales que han sido reconocidos internacionalmente a través de un instrumento independiente como resultado de una negociación interestatal, regional o ad hoc.

En conclusión, del juego de las normas de interpretación de la Convención Americana y del Estatuto de Roma se puede desarrollar el Sinalagma de Convencionalidad que debería alumbrar cualquier interpretación que se realice en la jurisprudencia de la CPI. Esta influencia existiría entre los Tribunales Internacionales establecidos por la primera para el Continente Americano y con aspiraciones de globalidad por el segundo¹⁵. Como veremos en la segunda parte, la referencia mutua puede otorgar una amplitud de protección consecuente con el principio pro persona a fin de invocar los tipos penales de los delitos internacionales, que son parte del ordenamiento jurídico argentino, y lograr una investigación penal que asegure la protección de los bienes jurídicos objeto del Derecho Penal Internacional.

II.- Influencia del Sinalagma de Convencionalidad Penal

La importancia de la dimensión penal doméstica de esta unión interpretativa reside en las obligaciones para las autoridades nacionales y los funcionarios del estado argentino (en principio, lo propio operaría también para el resto de los países que han ratificado la CA y el ER), ya que tendrían que ajustar sus respuestas institucionales a lo impuesto

¹⁵ Confrontar el documento Asamblea de Estados Partes (2006). Plan d'action de l'Assemblée des États Parties pour parvenir à l'universalité et à la mise en œuvre intégrale du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Documents officiels de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, cinquième session, La Haye, 23 novembre au 1er décembre 2006 (Cour pénale internationale, ICC-ASP/5/32), partie III, résolution ICC-ASP/5/Res.3, annexe I. En la sesión número 15 del año 2016 se prevé su tratamiento nuevamente con algunos puntos especificados en el documento ICC-ASP/15/PA/38.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

por la combinación normativa desarrollada. Esto se podría presentar principalmente en dos casos concretos como la denuncia de una víctima de delitos de la competencia de la Corte Penal Internacional y en el pedido de cooperación judicial recibido por Argentina en virtud del capítulo IX del Estatuto de Roma.

De esta manera, y como fue explicado en el apartado anterior, dentro del sistema interamericano tendríamos la posibilidad de interpretar el articulado de la Convención Americana gracias a lo previsto en su artículo 29 sin exceder las obligaciones aceptadas por los Estados al ratificarla. Ya existe un antecedente, a partir del caso Las Palmeras contra Colombia se determinó que el derecho internacional humanitario tiene efectos interpretativos pero la Corte IDH no está facultada para aplicar estas normas¹⁶. Con el fin de desplegar todo el potencial de exégesis referido, dentro del fuero penal de los miembros de la OEA habría que utilizar el Estatuto de Roma, sus reglamentos complementarios, los Elementos de los Crímenes y la jurisprudencia producida, con el único fin de llenar las lagunas que pudieran poner en peligro la protección de bienes jurídicos tutelados por los delitos previstos en el fuero doméstico.

Lo que está prescrito es la imposibilidad de limitar el goce de los derechos humanos más allá de lo que establece la CADH y lo que democráticamente pueda ser establecido en el derecho interno. En consecuencia, siempre se puede ir a más, y se podrá acceder a un resguardo de las garantías de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) cuando se pretende la investigación de un delito previsto por la ley 26.200. Sin embargo, de acuerdo al estado actual de la leyes penales argentinas, esto puede traer alguna confusión con el resto de la legislación internacional que forma parte del ordenamiento interno.

Debemos bregar por una actualización normativa e incluir dentro del plexo constitucional una ley que regule el ejercicio de la Jurisdicción Universal que sólo se puede rescatar de la lista de Tratados Internacionales del artículo 75 inciso 22¹⁷ y de su conjugación con el artículo 118 de la Constitución Nacional de la República Argentina (1994) que en su texto reza:

(...) la actuación de estos juicios [criminales ordinarios] se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

¹⁶ Corte IDH, Las Palmeras vs. Colombia, Excepciones Preliminares, 4 de febrero de 2000, Serie C No 67, párr. 32 y 33: "Cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aún cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad." Ver también Corte IDH, Masacres de Ituango vs. Colombia, 1 de julio de 2006, Fondo y Reparaciones, Serie C No 148.

¹⁷ Estos son los que fueron incluidos en el texto de la Constitución: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. Estos son los que fueron incluidos con posterioridad a través del mecanismo parlamentario para dar jerarquía constitucional y, por ende, superior a las leyes: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Persona y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.



La necesidad de una regulación a este respecto es fundamental, pero debemos atender a los procesos de otros Estados donde se muestra un franco retroceso en la determinación de la Jurisdicción Universal, tal es el caso de España donde se ha limitado excesivamente en razón del punto de conexión. Por el contrario, es de destacar el trabajo que realizan algunos grupos académicos que pretenden su propagación dentro de la mayor parte de los ordenamientos estatales¹⁸. La técnica actual es deficiente para activar la competencia universal argentina, hasta el momento no se encuentra regulada positivamente y la inclusión de los tratados internacionales dentro de la Constitución Nacional sólo implica una determinación política hacia su prospectiva pero que será necesario avanzar en ese camino a través del Congreso Nacional a fin de lograr un texto legislativo preciso en la materia.

Algunos autores partiendo de la fuente de la norma¹⁹ aclaran que estamos hablando de una herramienta para investigar y castigar los delitos más graves. Por su parte, el argumento del Profesor Fierro (2007) concluye infundadamente en la existencia de una jurisdicción universal desprendida de los tratados internacionales:

(...) la circunstancia de que un determinado código penal nada legisle acerca de la inclusión del principio universal -como ocurre en el nuestro- no es óbice para que el ordenamiento de dicho país lo recepte a través de leyes especiales o por el simple hecho de ratificar las respectivas convenciones. (p.489).

Por el contrario, se puede ver en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de la Comisión Zaffaroni²⁰, texto que se encuentra a la fecha con tratamiento legislativo, que se replican silenciosamente las palabras del Profesor Claus Roxin (2012), en tanto que el Derecho penal en un Estado no-autoritario tiene por objetivo primario la protección de bienes jurídicos muy claros: los derechos humanos.

Las concepciones actualmente dominantes en la doctrina del Derecho penal alemán no orientan su sistema a realidades ontológicas previas como la causalidad o la finalidad, sino a los cometidos y finalidades del Derecho penal. Se habla así de proyectos funcionalistas del sistema. (...) las teorías funcionalistas coinciden en su punto de partida normativo. (...) la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. (p.4).

18 Por ejemplo, la Fundación internacional Baltazar Garzón. Se puede consultar en la página www.principiosju.com. O el reporte de TRIAL, la Federación Internacional por los Derechos Humanos y el Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos: Universal Jurisdiction Annual Review 2015 (<https://trialinternational.org/latest-post/universal-jurisdiction-annual-review-2015/>)

19 Gelli, M. A. (2013). Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 4ta edición ampliada y actualizada. Tomo II. 4° edición 6° reimpresión. Ciudad de Buenos Aires. Editorial La Ley. p. 572. En esta obra encontramos que "el art. 118 se refiere, implícitamente, a la competencia federal en materia en la que está comprometido el derecho de gentes pero por delitos cometidos fuera del territorio nacional. La norma sobre el punto no es suficientemente nítida en la determinación de las hipótesis en que cabría aplicar la disposición.". Cfr. Padilla, A. J. (2001). Un aporte al estudio de los antecedentes del art. 113 de la Constitución Nacional, Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derechos Constitucional. Año XVII, N 179, marzo de 2001. p. 35. Este artículo es citado en la obra de la Dra. Gelli, luego de cotejarlo, nos parece importante resaltar que el autor sostiene que la fuente primera del artículo 118 es un tratado entre Gran Bretaña y la Confederación Argentina para la abolición del tráfico de esclavos. Y completamos que este sería uno de *hostes humani generis* que han movilizadado el principio de Jurisdicción Universal desde finales del Siglo XVIII.

20 Anteproyecto de Código Penal de la Nación (2014). Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. <http://www.infojus.gob.ar/anteproyecto-codigo-penal> [última visita el 1 de setiembre 2015]. Ver también, Diehl, P.F., Ku, C. y Zamora, D. (2006): "In defining the normative system, the participants in the international legal process engage in a political and legislative exercise that defines the substance and scope of the law. Normative change may occur slowly with the evolution of customary practices, a traditional source of international law". (p.433).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

En la misma línea, pero de manera directa al objetivo que deberían tener los tribunales domésticos cuando investigan la comisión de un delito, encontramos que el análisis realizado por el Profesor Cherif Bassiuni (2014) muestra que la evolución de la protección que se realiza a través del derecho penal internacional responde a la necesidad de proteger valores que las naciones han aceptado en razón de ser comunes y explica que:

(...)jus gentium y hostes humani generis están fundados en la premisa inarticulada de que existe una cierta comunidad de naciones y pueblos con valores e intereses que necesitan ser protegidos. (...) Esta visión Kantiana, a pesar de su idealismo, permitiría a los Estados de diversas latitudes determinar sus intereses y las limitaciones que podrían aceptar. (...) El desarrollo de este concepto llevaría al incremento del reconocimiento de ciertos valores-compartidos e intereses que su protección y cumplimiento pasarían por una etapa declarativa y prescriptiva, seguida de una etapa proscriptiva con la criminalización de la violación de ciertas normas. (p. 138 y 139).

Se reconoce también la importancia que tienen los ordenamientos nacionales para determinar qué será objeto de investigación penal a través de los tipos penales nacionales. Esto pareciera estar reñido con lo designado como jus cogens.

La imputación o atribución de responsabilidad penal, ya sea con los propósitos de establecer tal responsabilidad o con los propósitos de establecer o aumentar castigos, es esencialmente una decisión de política legislativa. Hay diferentes criterios para su determinación, incluyendo el efecto acumulativo dentro de la participación en la comisión de un determinado crimen y la gravedad o el daño provocado de un determinado crimen. (p.291).

Dado que se hace referencia a denuncias penales dentro del Estado argentino y no nos referimos a peticiones ante la Comisión Interamericana, aquello que consideramos que se debe afianzar es la obligación de prestar la debida atención a las denuncias cuyo rechazo infundado represente la inobservancia de lo previsto por la Convención Americana a efectos de lograr la mayor protección posible de los derechos humanos, a modo de síntesis, las obligaciones que se establecieron desde la primera sentencia de la CorteIDH en el caso Velazquez Rodriguez: prevenir, investigar, sancionar y reparar. Réplica que podemos encontrar aún en “Bulacio”, “Almonacid Arellano”, “Barrios Altos”, y la jurisprudencia constante luego de estas. En el caso “La Última Tentación de Cristo”²¹ está la punta de certeza buscada a este respecto, donde la Corte estableció que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

²¹ Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, en la sentencia de fondo, del 5 de febrero de 2001, Serie C No 73, parr. 87.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

Esto se aplicaría también a los efectos de la cooperación penal con la Corte Penal Internacional, un rechazo o desconocimiento de tal obligación asumida encarnaría una violación de DDHH. Este ejemplo no es descabellado si recordamos lo ocurrido en Kenia o Sudáfrica en relación al pedido de captura que pesa sobre el Presidente de Sudán. Estaríamos frente a una suerte de “paroxismo” del effect utile, a ello se suma el artículo 56.c. de la Carta de Naciones Unidas en el sistema global²² y su necesidad para lograr un absoluto respeto de los derechos humanos en territorio americano (Burgorgue-Larsen, 2014). Aún cuando compartimos la idea, el impacto de la jurisprudencia de la CorteIDH en la determinación del conjunto de cargas y expectativas procesales que corresponden a la posición procesal de la víctima en la CPI, así como en relación con los principios informadores de la reparación, ha sido mucho menor hasta el momento (Olásolo y Palermo, 2010).

El respeto de las garantías emanadas por las normas de la Convención Americana y del Estatuto de Roma importan para los tribunales argentinos que sus fallos y sentencias deban ajustarse al Sinalagma de Convencionalidad Penal. No se pone en duda el principio de complementariedad ni las posibilidades de realizar un estudio de competencia de las posibles denuncias que sean recibidas por fiscales y jueces, pero entendemos que con el objetivo de afianzar la protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos es necesario que se verifique que el archivo de una causa, o las negativas de cooperación internacional, no generen una violación al Pacto de San Jose de Costa Rica por una inobservancia del deber de hacerlo.

Conclusiones

La posibilidad de proteger los derechos humanos a través del derecho penal internacional debe ser asegurada a través de los mecanismos que operan a través del framework normativo de la República Argentina. Lo que se desprende sin posibilidad de ser refutado de los instrumentos integrantes del plexo constitucional, su interpretación acorde con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y, en consecuencia, de las normas de interpretación de otras convenciones que siempre deben propender a la protección máxima de las personas y a respetar el Derechos Internacional de los Derechos Humanos.

De esta forma, como existe para los Estados que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana la obligación de realizar un Control de Convencionalidad de sus actos, también existe el Sinalagma de Convencionalidad Penal que activaría un sistema de doble influencia que activaría las garantías judiciales para realizar una denuncia por delitos del Estatuto de Roma y obligaría a cooperar judicialmente en virtud del capítulo IX del mismo instrumento. Como se dijo al momento de citar el voto del Juez García Ramirez, en virtud del principio pro persona se podrían incluir y denunciar la violación otros derechos que no sean contradictorios con los de la Convención Americana pero que puedan ser descriptos por un tipo penal del Estatuto de Roma.

Este proceso respondería a un movimiento legislativo que no es ajeno para aquellos Estados que reciben la influencia exterior de los estándares internacionales a los que se obligan una vez ratificada alguna de la convenciones internacionales. En ese sentido, Diehl, Ku y Zamora(2006), afirman:

²² Ver también la obra de Pinto, M. (Comp.) (2009). Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario. En: “Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización”; Buenos Aires, Editorial Eudeba. pp. 13-30.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

Vemos un sistema legal internacional más desarrollado donde las normas existirían sin una referencia específica al sistema donde operan pero que no pueden activarse sin operar a través de los mecanismos de un sistema. Sin embargo, el sistema normativo puede mantenerse autónomo del sistema donde opera y aún quedarse retrasado en relación a su desarrollo. (p.433).

Esto debe ser asegurado por los tribunales domésticos de los Estados, quienes tienen que cumplir y hacer cumplir los instrumentos internacionales ratificados. En primer lugar, porque el acceso a los órganos regionales de protección de los derechos humanos está sujeto al previo “agotamiento de los recursos internos”. En segundo lugar, porque los tribunales nacionales tienen una función capital que desempeñar en la puesta en práctica de las decisiones vinculantes de un órgano como la Corte Interamericana. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, p.382). Y finalmente, debido a que la operatividad y eficacia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en general del resto de instrumentos internacionales, está condicionada a que sean estos los que adopten las medidas judiciales necesarias.

En la evolución del derecho interno debemos incluir los avances que nos ofrecen los cuerpos internacionales, en este trabajo se encontrarán tres elementos que pueden ayudar a fortalecer cualquier ordenamiento jurídico: la Jurisdicción Universal, los marcos protectores de derechos humanos y el derecho penal nacional receptor de tipos del derecho penal internacional. Si bien todo Estado posee *ratione materiae* la jurisdicción que su marco jurídico le impone, los hechos que puedan ser objeto de competencia de la Corte Penal Internacional, y que sean denunciados en un tribunal nacional, deben ser analizados a la luz del principio *pro persona* y del artículo 21 de su estatuto.

Con todo este desarrollo no se avala una postura neo-punitivista, que justifique la imposición de penas sin el respeto de los principios generales previstos en el articulado del ER, por el contrario, es un fundamento hacia una evolución certera de la Justicia penal internacional gracias a que la mutua influencia entre los ordenamientos analizados importará la posibilidad de obtener una protección complementaria.

Finalmente, los fiscales y jueces penales argentinos deberán ajustar sus decisiones en base a esta combinación de normas interpretativas que ofrecen a las personas físicas la posibilidad de acceder a la protección de sus derechos humanos en virtud de una investigación criminal. El rechazo *in limine* de las denuncias de delitos internacionales o de cooperar con la Corte, será contrario al Sinalagma de Convencionalidad descripto y será plausible de ser analizado como una violación a los derechos humanos a través de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Referencias bibliográficas

1. Convenciones internacionales, constituciones, leyes y documentos oficiales

Constitución de la Nación Argentina (1994).

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). 1155 U.N.T.S. 331.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos en La Corte Interamericana de Derechos Humanos - Un cuarto de Siglo: 1979-2004.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998). Adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios de Naciones Unidas, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de Julio 1998.

Memorandum of Understanding between the International Criminal Court and the Inter-American Court of Human Rights (2016). ICC - Official Journal Publication Entry into Force: 15.02.2016.

Organización de Estados Americano (2015). Concejo permanente de la Organización de Estados Americanos, Comisión de asuntos jurídicos y políticos. Informe sobre el programa Interamericano para el Desarrollo del Derecho Internacional. OEA/Ser.G - CP/CAJP/INF - 259/15.

Unión de Naciones Suramericanas (2015). Resolución del 23 de Julio de 2015 donde recuerda el Seminario realizado en Buenos Aires en Julio de 2014 y confirma su compromiso con el trabajo de la Corte Penal Internacional.

2. Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La Última Tentación de Cristo”, en la sentencia de fondo, del 5 de febrero de 2001, Serie C No 73.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Las Palmeras vs. Colombia, Excepciones Preliminares, 4 de febrero de 2000, Serie C No 67.

Corte Interamericana de Derecho Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, nº 158, voto razonado Juez García Ramírez.

Corte Penal Internacional. Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo. Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Art 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006, Lubanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/06-772, AC, ICC, 14 December 2006.

Corte Penal Internacional. Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, No. ICC-01/04-01/06-1487, Judgement on the appeal of the Prosecutor against the decision of TC I entitled ‘Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008’, 21 October 2008.

Corte Penal Internacional. Case The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Situation in Darfur/Sudan. ICC-02/05-01/09-3, 4 April 2009.

Corte Penal Internacional. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08-3343, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. 21 March 2016.

3. Doctrina

 SUMÁRIO

 EXPEDIENTE

 APRESENTAÇÃO

 ENTREVISTAS

01 02 03

 ARTIGOS

01 02 03 04 05
06 07

 CONTO

Ambos, K. (2013). *Treatise on International Criminal Law - Volume I: Foundation and General Part*. 1º Edition, Oxford, Oxford University Press.

Bassiouni, C. (2014). *Introduction to Internationale Criminal Law: Second Revised Edition*. 2º edición, Leiden - Boston, Nijhoff Publishers.

Bitti, G. (2015). Article 21 and the Hierarchy of Sources of Law before the ICC. En Stahn, C. (Ed.). *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Oxford, Oxford University Press, Oxford.

Burgorgue-Larsen, L. (2014). El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, *Estudios Constitucionales*, Año 12, No 1. p. 123.

Diehl, P.F., Ku, C. y Zamora, D. (2006). The Dynamics of International Law: The Interaction of Normative and Operating Systems. En Simmons, B.A. y Seinberg, R.H (Eds.) *International Law and International Relations* (pp. 426-456). Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Cambridge University Press.

Faundez Ledesma, H. (2004). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales. 3º Edición, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Fierro, G. J. (2007). *Ley penal y derecho internacional - Doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera*. Tomo 1. 3º edición. Ciudad de Buenos Aires. Editorial Astrea.

Malarino, E. (2010). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Elsner G. (Ed. resp.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional - Volumen I* (pp. 25-62). Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer.

Olásolo, H. y Palermo, P.G. (2010). La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas. En Elsner G. (Ed. resp.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional - Volumen I* (pp. 379-426). Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer.

Sheppard, D. (2010), The International Criminal Court and 'Internationally Recognized Human Rights': Understanding Article 21(3) of the Rome Statute. En *International Criminal Law Review*, Vol. 10, p. 43, 2010.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

BUSCA E APREENSÃO: O REGIME JURÍDICO DE ARGENTINA, INGLATERRA E ITÁLIA

Brenno Gimenes Cesca

Mestre em direito pela USP. Membro do IBCCRIM, APAMAGIS e APBM. Juiz de direito em São Paulo.

Gregório E. R. Selingardi Guardia

Doutorando e mestre em direito pela USP. Membro do IBCCRIM. Promotor de justiça.

Resumo: O presente artigo aborda a busca e apreensão nos direitos argentino, inglês e italiano. Antes, porém, são apresentadas considerações acerca deste instituto no direito pátrio. Ao se iniciar a exposição sobre cada um dos ordenamentos já referidos, a fim de contextualizar o instituto no respectivo direito estrangeiro, é feita breve explanação sobre seu sistema probatório. Ao final, são apresentadas as considerações finais sobre o tema.

Palavras-chave: Busca e apreensão. Disciplina pátria. Direitos argentino, inglês e italiano.

Abstract: This paper aims the search and seizure discipline in Argentina, England and Italy. First, considerations are made about this institute on Brazilian law. Before starting the explanation on each of the systems mentioned above, in order to contextualize the institute, it is made a brief exposition about their law of evidence. Finally, there are presented the final remarks on the topic.

Keywords: Search and seizure. Brazilian discipline. Argentine, British and Italian law.

Sumário: Introdução. 1. Exame preliminar do tema. 2. Disciplina argentina. 2.1. Notas gerais sobre o sistema probatório argentino. 2.2. A busca e apreensão no ordenamento argentino. 3. Disciplina inglesa. 3.1. Notas gerais sobre o sistema probatório inglês. 3.2. A busca e apreensão no ordenamento inglês. 4. Disciplina italiana. 4.1. Notas gerais sobre o sistema probatório italiano. 4.2. A busca e apreensão no ordenamento italiano. 5. Considerações Finais. Bibliografia.

Introdução

O presente trabalho objetiva analisar o instituto da busca e apreensão nos ordenamentos jurídicos de Argentina, Inglaterra e Itália, com vistas a fomentar debates e reflexões sobre o tema, sem descurar do escopo de aprimoramento da normativa pátria coetânea. Primeiramente, discorre-se brevemente sobre aspectos relevantes da atual conjuntura dos sistemas jurídicos, para em seguida identificar os elementos essenciais de regência da medida em cada um dos contextos examinados.

O estudo da legislação de distintos ordenamentos jurídicos não pode se distanciar da reflexão sobre alguns dos aspectos centrais da matéria, tais como o exame individualizado das providências de *busca* e de *apreensão*; a controversa natureza jurídica da medida, e a necessária previsão de um regime condizente com a preservação dos direitos e garantias fundamentais, e ao mesmo tempo, apto a atingir com eficiência os escopos processuais visados.

A ampla consagração de direitos e garantias individuais na Constituição Federal de 1988 impõe que as medidas restritivas de direitos permaneçam limitadas a situações excepcionais. No que se refere às buscas e apreensões, a



previsão dos direitos à inviolabilidade do domicílio, intimidade e vida privada (art. 5º, incisos XI e X, respectivamente), bem como dos princípios do devido processo legal, da proibição de provas ilícitas (art. 5º, incisos LIV e LVI) e da proporcionalidade, restringem a atuação do Poder Público.

Na seara dos direitos fundamentais e dos mecanismos de proteção, a proporcionalidade representa autêntico instrumento de defesa dos valores fundantes do Estado Democrático de Direito. A vigência do princípio exige que o decreto de busca e apreensão observe os pressupostos formal e material, respectivamente, a legalidade e justificação teleológica, bem como os requisitos intrínsecos (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e extrínsecos (judicialidade e motivação).¹

Como desdobramento dos pressupostos e requisitos da proporcionalidade, a restrição aos direitos individuais do investigado deve pautar-se em lei prévia e atender a finalidade específica, compatível com os desígnios constitucionais. Ademais, a autorização judicial deve estar devidamente fundamentada, averiguada a inexistência de outros meios menos lesivos aos direitos do investigado (necessidade); avaliada a eficácia da medida para atender o escopo de apuração dos fatos (idoneidade); valoradas as consequências do ato, em relação à estigmatização jurídica e social que sofrerá o inculcado (proporcionalidade em sentido estrito).

Ao lado das garantias constitucionais², em autêntica perspectiva de complementariedade, encontra-se o plano da eficiência³. Neste sentido, a busca e apreensão há que dispor de meios concretos para funcionar como auxílio no cumprimento de medidas de urgência pessoal (prisões), na consecução de providências instrutórias voltadas ao esclarecimento dos fatos investigados, na garantia da restituição das coisas apreendidas à vítima, na apreensão de objetos ilícitos e das vítimas do delito.⁴

Na prospecção da natureza jurídica da busca e apreensão no processo penal, ora se evidencia o caráter probatório da medida (como meio de obtenção de prova), ora os aspectos relacionados à natureza acautelatória da apreensão dos objetos utilizados na prática criminosa.

Com o propósito de acentuar o caráter probatório da medida é possível relacionar algumas características frequentemente elencadas pela doutrina como integrantes de sua definição. Em síntese, trata-se de diligência investigativa de procura e asseguarção de fontes de prova, limitativa de direito individual, destinada a apreender elementos de convicção necessários à prova de infração ou à defesa do réu, decretada sempre mediante autorização

1 Fernandes, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6a ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 49-56. A respeito da proporcionalidade como instrumento de defesa de direitos fundamentais e o vínculo do princípio com o corolário do *due process of law*, v. Guerra Filho, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*. In: Silva, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 255-269.

2 Consoante o ensinamento de Antonio Magalhães Gomes Filho, a escolha do "modelo garantista" como esquadro de uma investigação, pressupõe a preservação de garantias como método de legitimação para o exercício do poder punitivo. Uma vez instituídas, representam barreiras, vínculos, obstáculos à punição indiscriminada (*O "Modelo Garantista" de Luigi Ferrajoli*. *Boletim IBCCRIM*, n. 58, 1997, p. 6).

3 No que toca às noções de eficiência e garantismo, v. Fernandes, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6a ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 19-21.

4 Leite, Larissa. *Medidas Patrimoniais de Urgência no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 247. A autora também adverte que a própria leitura do art. 240, do Código de Processo Penal, aponta para as finalidades bastante distintas da medida.



judicial. Por outro lado, a evidenciar o ato de apreensão dos bens obtidos ou achados por meios criminosos, prevalecerá a natureza acautelatória ou reparatória da providência.

Muito embora sejam constantes as tentativas de definição da busca e apreensão como conceito uno, indispensável atender que a providência em estudo compõe-se de dois institutos autônomos, cuja natureza jurídica não é idêntica. Tal circunstância dirige o estudo no sentido da individualização de suas providências, ainda que não tenha sido esta a escolha do legislador pátrio.⁵

1. Exame preliminar do tema

Antes de iniciar a análise do tema no Direito comparado, necessário tecer alguns comentários sobre a busca e apreensão no sistema pátrio. Conquanto não se pretenda expor todos os aspectos atinentes ao tema, o presente tópico centra-se em algumas elucidações pertinentes para a exposição que seguirá.

O regime jurídico das buscas e apreensões no Direito pátrio consta do Livro I (“Do processo em geral”), Título VII (“Da prova”), Capítulo XI, do Código de Processo Penal. Como característica da tradição legislativa e doutrinária do tema, seu tratamento é unitário, pois a busca, no mais das vezes, antecede a apreensão. Há o costume de tratar conjuntamente as medidas, de modo a sugerir que sejam objetivamente inseparáveis. As buscas, porém, “se distinguem da apreensão, como os meios diferem dos fins”.⁶

Como normalmente se procede à apreensão do objeto encontrado, esta relação entre meio e fim inspirou o legislador processual penal a tratar conjuntamente dois atos que são independentes. A diferenciação dos conceitos evidenciar-se a partir da constatação de que a busca impõe restrição às garantias de liberdade individual (inviolabilidade de domicílio e da pessoa física), enquanto as apreensões “emergem como limitações ao poder individual de deter as coisas e de reter as pessoas”.⁷

Consoante a lição de CLEUNICE BASTOS PITOMBO, o conceito de busca pode ser sintetizado como “ato do procedimento persecutivo penal, restritivo de direito individual (inviolabilidade da intimidade, vida privada, domicílio e da integridade física ou moral) consistente em procura, que pode ostentar-se na revista ou no varejamento, conforme a hipótese: de pessoa (vítima de crime, suspeito, indiciado, acusado, condenado, testemunha e perito), semoventes (veículo), coisas (objetos, papéis e documentos), bem como de vestígios (rastros, sinais e pistas) da infração.”⁸

Destarte, a diligência de busca tem como objetivo central a atividade de esquadrihar e revistar lugar certo, previamente designado em mandado judicial, de forma clara e completa.

Por sua vez, considera-se apreensão a medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar com a finalidade de produzir prova. Trata-se de ato processual penal de apossamento, remoção e guarda de coisas,

5 Sobre a conjugação de duas medidas autônomas no mesmo instituto, v. Pitombo, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 102; Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 340.

6 Pitombo, Sérgio. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 60.

7 Pitombo, Sérgio. *Do sequestro no processo ...*, op. cit., p. 73.

8 Pitombo, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão ...*, op. cit., p. 109.



semoventes ou pessoas, no cumprimento de ordem ou decisão judicial. O objeto da medida permanece sob custódia enquanto perdurar o interesse processual de resguardá-la.

O aspecto acautelatório da apreensão está expresso em sua inegável urgência (*periculum in mora*), que evidencia a perspectiva instrumental e provisória da medida. A noção de *periculum in mora* pode ser sintetizada como uma situação em que há séria possibilidade de dano (perigo de insatisfação ou risco de satisfação tardia). A medida instrumental atende o imperativo de segurança, diretamente associado à presteza e celeridade da providência.⁹

O objetivo da apreensão concentra-se na tomada e conservação de coisas ou retenção de pessoas, para assegurar a consecução dos fins processuais.¹⁰ Para HÉLIO TORNAGHI, os escopos da apreensão podem ser diferenciados, segundo o intento de tornar efetiva a lei penal (CPP, art. 240, § 1º, *b, c e d*), visar ao recolhimento de coisas destinadas a práticas criminosas, e à realização de fins processuais (CPP, art. 240, § 1º, *e, f, e h*), em razão de objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu ou qualquer outro elemento de convicção.¹¹

Há um inegável interesse de trazer à persecução penal, pessoas, semoventes ou coisas que apresentem relevância como fontes de prova para o processo. Para tanto, o Poder Público exerce o *jus perseguendi in judicio* na procura ou pesquisa de elementos essenciais para a relação processual.

2. Disciplina Argentina

2.1. Notas gerais sobre o sistema probatório argentino

A República Presidencialista da Argentina é composta por vinte e três províncias com autonomia legislativa.

A Constituição da Nação, em 1994, incorporou ao ordenamento argentino, com *status* de normas constitucionais, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

A Constituição da Nação figura no ápice da pirâmide representativa do sistema legal argentino. Dessa forma, as províncias, ao editarem suas respectivas constituições e normas processuais penais, devem respeitar os preceitos da norma maior.

O atual Código de Processo Penal da Nação foi promulgado em 1991 e consagrou o sistema acusatório (especialmente pela previsão do *juicio oral*), além de, juntamente com a Constituição, garantias penais universais (presunção de inocência, *in dubio pro reo*, *ne bis in idem*, ampla defesa, direito de informação acerca da imputação e direito a contraditar os testemunhos).¹²

9 Tornaghi, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978, pp. 5-7.

10 Como ensina ADA PELLEGRINI GRINOVER, as buscas constituem os meios e as apreensões os respectivos fins (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982, p. 202).

11 Tornaghi, Hélio. *Instituições de Processo ...*, *op. cit.*, pp. 66-67.

12 Brentel, Camilla. *A disciplina da prova no processo penal argentino*. In: Fernandes, Antonio Scarance; Almeida, José Raul Gavião de; Moraes, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 85-86



No CPPN (Código de Processo Penal da Nação) e na maior parte dos códigos provincianos a persecução penal se desenvolve em três fases distintas: investigação pré-processual a cargo da polícia judiciária, *instrucción* (*investigación previa* ou *sumario*) e *juicio oral*.¹³

O averiguado não pode ser indiciado pela autoridade policial, que, todavia, pode lhe fazer perguntas relacionadas à sua identidade. Caso ele manifeste o desejo de prestar declarações, ou em caso de urgência, é convocado o juiz competente para ouvi-lo na presença de seu defensor (art. 197 do CPPN).¹⁴

Nos termos do art. 193 do CPPN, a *instrucción* visa à demonstração da existência e autoria do crime com todas as suas circunstâncias. Inicia-se mediante requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial e é presidida por juiz ou promotor de justiça (art. 196), mas mesmo na última hipótese a *indagatoria* (interrogatório – art. 299) é conduzida pelo juiz da *instrucción*.

Após este ato processual, havendo provas suficientes da existência e autoria delitivas, é determinado o processamento do imputado. Provado que o réu não perpetrou o delito; se o fato imputado não for crime; ou incidindo qualquer causa excludente da ilicitude/culpabilidade, entre outros casos, determinará o juiz o *sobreseimiento* da ação penal (art. 336), que conduz ao encerramento definitivo e irrevogável do processo penal em relação ao favorecido (art. 335).

Sem embargo, se nessa fase o juiz se convencer que não há justa causa para o processamento do feito, tampouco hipótese autorizadora do *sobreseimiento*, prolatará decisão terminativa, a qual não impede a continuidade das investigações, e colocará em liberdade o preso que possuir domicílio certo (art. 309).

Determinado o processamento do feito, segue-se a *instrucción*, conduzida sob o pálio do contraditório e ampla defesa.

A seu cabo, é feito novo juízo de admissibilidade da acusação, que pode acarretar o *sobreseimiento* da ação ou a realização do *juicio oral*.

No *juicio oral* a produção de provas é realizada na audiência de julgamento perante um tribunal colegiado, que, após os debates, julga o mérito da causa.

Importante ainda pontuar que o código, mitigando o princípio da obrigatoriedade, prevê procedimento transacional, denominado *juicio abreviado*, regulado pelo art. 431-bis do CPPN. É cabível nos crimes com pena máxima não superior a seis anos, e incide apenas quanto ao montante da pena. Esse procedimento apenas suprime a fase do *juicio oral*. A causa é remetida ao juízo colegiado, que deve prolatar decisão de mérito recorrível com base nas provas produzidas durante a *instrucción*.

No que diz respeito às provas, o capítulo I do Título III do CPPN classifica como meios de prova: inspeção judicial e reconstituição do delito (art. 226 a 223); busca domiciliar e pessoal (art. 224 a 230-bis); sequestro, interceptação postal e telefônica (art. 231 a 238-bis); testemunhos (art. 239 a 252); perícia (art. 253 a 267); interpretação e tradução (art. 268 a 269); reconhecimento de pessoas e coisas (art. 270 a 275) e acareações (art. 276 a 278).

13 Brentel, Camila. *A disciplina...*, op. cit., p. 86.

14 Brentel, Camilla. *A disciplina...*, op. cit., p. 87.



Essa classificação é criticada pela doutrina, que se refere a *meios de prova ordinários* (inspeção judicial e reconstituição do delito; testemunhos; perícia; interpretação e tradução; reconhecimento de pessoas e coisas; acareações) e *meios auxiliares de prova*, os quais, a despeito de inseridos no capítulo do referente aos meios de prova, trata-se de medidas coercitivas de investigação (busca domiciliar e pessoal, sequestro, ordem de apresentação, isolamento de locais, interceptação de correspondência e de comunicações telefônicas).¹⁵

A doutrina argentina costuma ainda referir-se a *elemento de prova*, *órgão de prova*, *meio de prova* e *objeto da prova*.¹⁶

VÉLEZ MARICONDE, citado por CAFFERATA NORES e HAIRABEDIÁN, define *elemento probatório* como “todo dado objetivo que se incorpora legalmente ao processo, capaz de produzir um conhecimento certo ou provável acerca dos contornos da imputação delitiva” (tradução livre).¹⁷

Órgão de prova, a seu turno, é o sujeito que porta um elemento de prova e o transmite ao processo. Já *meio de prova* diz respeito ao procedimento previsto para o ingresso de um elemento de prova no processo. Finalmente, *objeto de prova* é aquilo que pode ser provado.¹⁸

2.2. A busca e apreensão no ordenamento argentino

A busca, seja de lugar (*registro*), domiciliar (*allanamiento*) ou pessoal (*requisa personal*) é disciplinada nos artigos 224 a 230-bis, do CPPN. A apreensão, por sua vez, denominada *secuestro*, é regulada pelo artigo 231 e seguintes do mesmo diploma.

Consoante art. 224, a busca de lugar é autorizada por decisão judicial fundamentada (que atenda aos requisitos de necessidade e proporcionalidade) quando há motivos para se presumir que em determinado local existem coisas vinculadas à investigação de um crime, ou que ali se pode efetuar a prisão do imputado, suspeito ou foragido.¹⁹

Importante frisar que a presunção judicial deve se originar de circunstâncias objetivas idôneas.²⁰

É realizada pessoalmente pelo juiz ou delegada à polícia. No último caso, é expedida uma ordem escrita, com identificação da causa, do lugar ou lugares objeto da busca, sua finalidade e a autoridade que a realizará. Findo o procedimento, o responsável lavrará um auto (§ 1º).

15 Brentel, Camilla. A disciplina..., *op. cit.*, pp. 93-94; Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba en el proceso penal: con especial referencia a los Códigos PPN y le la Prov. de Córdoba*. 6a ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008, p. 47.

16 Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba...*, *op. cit.*, p. 16 e ss.

17 Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba...*, *op. cit.*, p. 16.

18 Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba...*, *op. cit.*, pp. 35-38.

19 Consoante lição de Cafferata Nores e Hairabedián (*La prueba ...*, *op. cit.*, p. 231), o lugar sujeito a busca é constitucionalmente protegido, envolvendo de alguma maneira a intimidade das pessoas ou constituindo propriedade privada. Do contrário, não será necessária uma ordem judicial para realização da busca, como, por exemplo, em uma praça ou cabine de telefone público. Em outra passagem, retomando o assunto (p. 241), os autores aduzem que também as celas das prisões estão tuteladas pela inviolabilidade do domicílio. Em sentido contrário, mencionam julgado do Tribunal Superior Espanhol que, com acerto, considerou que a inviolabilidade do domicílio é um complemento do direito de liberdade, dos quais estão privados os presos, pelo que não podem eleger um espaço limitado para sua privacidade exclusiva (sala 2a, 11/10/94, RA 8347).

20 Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba...*, *op. cit.*, p. 232.



Se no estrito cumprimento da ordem forem encontrados outros objetos que evidenciem a prática de delito(s) diverso(s) daquele que motivou a ordem, proceder-se-á à sua apreensão, comunicando-se ao juiz (§ 4º).²¹

Quando a busca for domiciliar (entendido domicílio como local habitado, incluindo suas dependências fechadas)²², apenas poderá realizar-se do nascer ao por do sol, salvo casos sumamente graves e urgentes; havendo perigo a ordem pública; ou quando o morador consinta (art. 225).²³

Essa limitação de horário, todavia, não se aplica a edifícios públicos e escritórios administrativos, locais de reunião ou diversão, em sede de associações ou qualquer outro local fechado que não seja destinado a habitação ou residência particular (art. 226).

Nessas hipóteses deverão ser comunicadas as pessoas responsáveis pelos locais, salvo se prejudicial à investigação (§ 1º).

Contudo, para entrada e busca no Congresso o juiz necessitará de autorização do Presidente da Casa (§ 2º).

CAFFERATA NORES e HAIRABEDIÁN acrescentam que a busca em um escritório de advocacia deve ser precedida de comunicação ao Colégio de Advogados, podendo a entidade de classe designar um observador para acompanhar o procedimento.²⁴

O artigo 227 excepciona que a polícia poderá proceder a busca domiciliar sem prévia ordem judicial quando: houver ameaça à vida dos habitantes ou à propriedade (casos de incêndio, explosão e inundação, p.ex.); pessoas estranhas entrarem em uma casa ou lugar com indícios manifestos de que praticarão um delito; algum criminoso perseguido adentre em uma casa ou lugar; vozes oriundas de uma casa ou lugar anunciem que ali está sendo perpetrado um crime e peçam socorro; haja suspeitas fundadas de que em uma casa ou lugar se encontra uma vítima sequestrada que corre perigo iminente de vida ou em sua integridade física. Nesta última hipótese, o representante do Ministério Público deverá autorizar a diligência e estar presente no lugar.

A ordem de busca deve ser comunicada ao habitante ou possuidor do local em que deve ser efetuada, ou, na sua ausência, a seu encarregado ou a pessoa maior de idade que ali esteja, preferencialmente parentes do primeiro. O notificado será convidado a acompanhar a busca.²⁵ Praticado o ato, será lavrado ata com seu resultado (art. 228).

21 Sobre o tema, reflete Alejandro Carrió que não parece razoável que se continue a devastar o lugar de modo indiscriminado após localização do objeto sujeito a apreensão, ou que se busque o objeto almejado em locais onde obviamente não esteja escondido (como, por exemplo, quando a polícia é autorizada a buscar um automóvel e revista os armários de uma residência) (*Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pp. 393-394).

22 O art. 18 da Constituição da Nação (CN) garante a inviolabilidade do domicílio, prescrevendo que “*el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación*”.

23 O consentimento, advertem Cafferata Nores e Hairabedián, colacionando jurisprudência sobre o tema, deve ser feito pelo interessado plenamente capaz de modo expreso, livre e indubitável, antes do ingresso (*La prueba...*, op. cit., p. 234-235).

24 *La prueba...*, op. cit., p. 245.

25 Evidentemente há casos em que a notificação se mostra prescindível, como quando não há ninguém no local.



De acordo como art. 201 do código, a defesa não precisa ser previamente notificada da busca (cuja eficácia pressupõe surpresa), mas se presente o defensor no local quando da diligência, possui o direito de acompanhá-la, até porque se cuida de ato irrepetível.

A busca pessoal também deve ser precedida de ordem judicial, e tem por condição a existência de motivos suficientes para se presumir que alguém oculta em seu corpo coisas relacionadas a um delito. Antes de se realizar a busca, a pessoa a ela sujeita poderá ser convidada a exhibir o objeto (art. 230).

As buscas serão realizadas separadamente, respeitando-se o pudor das pessoas. A feita em mulher será por outra realizada (§ 1º).

A operação também será registrada em ata (§ 2º).

O art. 230-bis, incorporado ao CPPN pela Lei n. 25.434 (art. 4º), autoriza a polícia e forças de segurança a procederem a busca pessoal, bem assim em interior de veículos, aeronaves ou embarcações, independentemente de ordem judicial, para encontrar coisas provavelmente provenientes ou constitutivas de um crime ou de instrumentos que possam ser utilizados para a prática de um crime, sempre que seja o procedimento realizado com a concorrência de circunstâncias prévias e concomitantes que objetiva e razoavelmente justifiquem o procedimento, devendo a operação ser feita em via pública ou lugar de acesso público.

Nesses casos, o resultado da busca deve ser comunicado imediatamente ao juiz competente (§ 1º).

Outrossim, tratando-se de operação pública preventiva, poderão ser realizadas inspeções em veículos (§ 2º).²⁶

A este respeito CAFFERATA NORES e HAIRABEDIÁN advertem que, ao passo que a busca pessoal possui como requisitos a necessidade de que traga consigo a pessoa a ela sujeita elementos vinculados a um crime, podendo conduzir ao exame completo de um determinado indivíduo, inclusive com obrigação de desnudamento, a busca meramente preventiva não tem como pressuposto suspeita prévia, devendo ser superficial, genérica, minimamente invasiva e rápida. Citam como exemplo destas buscas preventivas os detectores de metais.²⁷

Por último, os objetos almejados pela busca, quando encontrados, serão apreendidos (art. 231).

3. Disciplina inglesa

3.1. Notas gerais sobre o sistema probatório inglês

Preliminarmente a exposição dos contornos legais do instituto da busca e apreensão no Direito inglês, faz-se necessário lançar luzes sobre alguns aspectos essenciais deste sistema jurídico. Importa enfatizar, sobretudo, o caráter consuetudinário e histórico da normativa inglesa, bem como brevemente discorrer sobre o sistema probatório inglês (*Law of evidence*).²⁸

26 Antes da introdução desta norma ao código, discutia-se se os veículos eram abrangidos pela inviolabilidade do domicílio constitucionalmente garantida (CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías...*, op. cit., pp. 424 e ss.).

27 *La prueba...*, op. cit., pp. 258-259.

28 O estudo aperfeiçoado neste subitem busca contextualizar a medida de busca e apreensão no direito probatório inglês; com esta preocupação



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

A chamada *common law* designa o direito comum que se estabeleceu de maneira uniforme pelo território inglês. Na atualidade, a expressão compreende um corpo de princípios e regras não escritas, cuja autoridade provém dos usos e costumes e das decisões judiciais que os reconhecem.

Segundo a tradição jurídica inglesa, a jurisdição soluciona as controvérsias com base em precedentes judiciais (*case law*). Se para o Direito romano-germânico a interpretação do direito advém da norma ao caso concreto (cria-se o direito pela lei e o espírito da lei), para o Direito anglo-saxão parte-se do caso concreto para se chegar à norma. Assim, o jurista inglês cria o direito com base na vida jurídica e natureza dos fatos, por intermédio de um método essencialmente *empírico e indutivo*²⁹.

Se a solução para o caso presente não puder ser extraída de uma apreciação jurisdicional pretérita, um novo posicionamento será construído e a justificação empregada no julgamento estará alinhada à agregação dos argumentos utilizados para julgar aspectos semelhantes de casos anteriores. Se a interpretação jurídica é mais seguramente orientada pela natureza dos fatos, o caso singular porta em si já o seu direito – *facto jus oritur* (do fato surge o direito), não é adequado antecipar o direito particular do caso concreto com ideias pré-constituídas.³⁰

O Direito Processual Penal está disperso por uma série de textos legislativos e farta jurisprudência. Dentre as fontes normativas do Direito inglês, há acentuada preponderância dos precedentes.³¹ Contudo, não se pode ignorar o crescente protagonismo dos Atos do Parlamento (*Acts*) que disciplinam muitos dos temas processuais penais, como a Magna Carta (1215) e o *Bill of Rights Act* (1688). Subsidiariamente o costume e a doutrina também constituem fontes normativas na Inglaterra.³²

O Reino Unido não dispõe de código de processo penal; as regras estão dispersas em uma série de marcos normativos escritos e não escritos. Diferentemente do que ocorre nos países de *civil law*, as disposições sobre os poderes de

não se poderá deixar de discorrer brevemente sobre as fontes do Direito inglês e as regras de exclusão da prova (*exclusionary rules*). Algumas características notáveis do direito processual, por superarem os estreitos lindes deste estudo, não serão analisadas, como as noções de *remedies precede rights* e a organização judiciária na Inglaterra (peculiar estrutura que inclui a *Supreme Court of United Kingdom*, a *Court of Appeal*, a *High Court of Justice*, a *Crown Court*, a *Magistrate's Court*, os tribunais de *Equity* e os profissionais do direito que integram a Justiça).

29 Para Gustav Radbruch: “*La maniera inglese di pensare che ha acquisato specialmente con FRANCIS BACON un decisivo influxo, può essere contrassegnata con le parole: empirismo o induzione (Lo spirito del diritto inglese. Trad. Alessandro Baratta. Milano: Guffré, 1962, p. 8).* Assevera João Gualberto Garcez Ramos que a diferença entre os sistemas romano-germânico e anglo-saxão é “essencialmente metodológica”; se o primeiro vale-se de método indutivo, o segundo de método dedutivo (*Curso de Processo Penal Norte-americano*. São Paulo: RT, 2006, p. 50).

30 No Direito anglo-saxão há uma clara divisão das funções dos sujeitos processuais, incumbindo ao juiz atuar como árbitro, assegurando a igualdade entre as partes. Trata-se de um sistema prevalentemente acusatório, com a valorização do duelo entre as partes. Habitualmente, os juristas ingleses entendem que o sistema não possui relação com os sistemas inquisitoriais; contudo, de rigor mencionar que segundo o esquema proposto pela Comissão de Justiça Penal e Direitos do Homem, o sistema inglês incorpora elementos de ambos os modelos, a evidenciar um autêntico sistema misto (SPENCER, John. *O Processo Penal na Inglaterra*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processo Penal e Direitos do Homem*. Barueri: Manole, 2004, p. 85).

31 Como exemplos de precedentes que consagraram princípios processuais penais, v. presunção de inocência (*Woolmington v. DPP*, 1935, AC 462); publicidade dos julgamentos (*Scott v. Scott*, 1913, AC 417); oralidade da prova em relação a testemunhas chave (*R. v. Collins*, 1938, 26 Cr. App. R. 177); princípio acusatório na arguição das testemunhas (*R. v. Grafton*, 1993, QB 101).

32 O regramento processual penal na Inglaterra não é comum ao País de Gales, ambos integram a Grã-Bretanha, mas o tratamento legal não é idêntico.



polícia, o direito da prova³³, o procedimento nos tribunais penais e os poderes desses colegiados constam em dezenas de legislações especiais (*Acts*). Na doutrina há críticas a este modo particular de previsão processual; consoante JOHN SPENCER, na Inglaterra até agora não parece que se tenha pensado seriamente nos direitos do homem no processo penal. Como não se pensa globalmente em termos de processo, não se pensa globalmente na totalidade dos direitos que devem ser atribuídos ao acusado.³⁴

As regras probatórias na Inglaterra constam na disciplina do chamado *Law of evidence*. Denomina-se *evidence* a informação com a qual os fatos tendem a ser provados, e *Law of evidence*, o conjunto das leis (*Acts*) e o critério regulador dos meios pelos quais os fatos podem ser provados.³⁵

Para a *common law*, não há vedações prévias ao uso dos meios probatórios. Como regra geral na disciplina da *evidence* todo elemento de prova relevante deve ser admitido, desde que não haja norma ou motivo específico para excluí-lo –postulado que deve ser compreendido não apenas como um preceito jurídico, mas principalmente como princípio geral da razão.³⁶ No Direito inglês, a admissão de uma *evidence* em juízo não está condicionada à existência de uma norma permissiva, mas sobretudo, à sua relevância na dialética do contraditório.

Considera-se *evidence* tudo aquilo que serve logicamente para provar um fato. A única limitação ao uso dos meios de provas relevantes consiste nas chamadas *exclusionary rules*. Dúplice o critério tradicional para a exclusão da *evidence* no caso concreto: (i) se o valor probatório da *evidence* é inferior aos efeitos prejudiciais; (ii) se a *evidence* foi obtida ilegal ou impropriamente antes do julgamento.

Há três modalidades de *exclusionary rules*³⁷: *hearsay evidence*, *bad character evidence* e *evidence* ilegalmente obtida.

A proibição do testemunho de ouvir dizer (*hearsay*) objetiva assegurar a presença das testemunhas para que prestem oralmente e em juízo o respectivo depoimento. O depoimento oral desta pessoa não pode ser substituído por qualquer outro, inadmitte-se a recepção de informações que não possam estar sujeitas ao contraditório do acusado.³⁸

33 Em relação à crescente tendência de regulação da matéria da prova no Direito inglês, Fernanda Regina Vilares alerta para alguns fatores, como o incremento da criminalidade, o desenvolvimento das tecnologias e a necessidade de disciplinar novos meios de produção de prova e meios de obtenção de provas (*A prova penal no Direito inglês*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Provas no Processo Penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 392).

34 Spencer, John. *O Processo penal ...*, *op. cit.*, p. 97.

35 Seabrooke, Stephen.; Sprack, John. *Criminal evidence and procedure: the essential framework*. New York: Oxford University Press, 1996, pp. 3-4. Como assevera Antonio Magalhães Gomes Filho: "(...) na terminologia do processo, a palavra prova serve também para indicar cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. É o que se denomina elemento de prova (*evidence*, em inglês)" (*Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal*. In: Yarshell, Flavio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 307).

36 Taruffo, Michele. *La prova giuridica*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 341.

37 As *exclusionary rules*, assim como a "inadmissibilidade" ou "proibição de prova", constituem formulação em termos negativos, valoração prévia realizada pelo legislador. O objetivo central desta regra é "evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos" (Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 95).

38 Spencer, John. *O Sistema inglês*. In: Delmas-Marty, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 273.



A exclusão da *bad character evidence* tem como escopo inviabilizar o entendimento de que os fatos pregressos da vida do imputado possam servir para corroborar a incriminação. A alegação de que cometeu o delito em investigação, mediante afirmações demonstrativas de seu mau caráter, não se coaduna com o princípio da presunção de inocência.³⁹

Por sua vez, a exclusão das provas obtidas ilegalmente constitui consagrada prática da *common law*, quando constatado que o valor prejudicial da prova excede o seu valor probatório. A seção 78, do *Police and Criminal Evidence Act* (1984), dispôs que o julgador pode rechaçar a prova se sua admissão significar violação à equidade processual.

Impõe sublinhar que nas últimas décadas numerosos *Acts* do Parlamento inglês passaram a tratar com maior cuidado os temas relativos ao *Law of evidence*. Em especial, a promulgação do *Police and Criminal Evidence Act* (1984) estabeleceu um regime detalhado para a fase de investigação na Inglaterra – documento sensivelmente voltado à defesa dos Direitos Humanos.⁴⁰ Por sua vez, o *Human Rights Act* de 1998, efetivamente incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos no plano interno, com a previsão de princípios hoje aplicados com base na Convenção, que antes eram fruto tão somente de construção jurisprudencial.

3.2. A busca e apreensão no ordenamento inglês

O *Police and Criminal Evidence Act* (PACE), de 1984⁴¹, disciplina três modalidades de buscas: *em locais determinados, pessoas ou veículos e pessoais íntimas*. As apreensões ocorrem principalmente no decurso do inquérito e devem ser executadas em caso de urgência ou de perigo de demora.

O Direito inglês não diferencia a busca e a revista, enquanto meios específicos de obtenção da prova. Idêntica expressão (*searches*) é empregada indistintamente para designar a procura de fontes de prova em lugares e pessoas. As revistas e buscas prestam-se à finalidade de permitir que a polícia tenha conhecimento de objetos ou instrumentos passíveis de servir à apuração dos fatos em investigação.

Por sua vez, a noção de apreensão (*seizure*) designa tanto a retenção da generalidade de objetos com alguma ligação ao crime, como a apreensão cautelar urgente que, a não se verificar, provavelmente inviabilizaria a prova.⁴²

A seção 1, do PACE (1984), atribuiu à polícia o poder geral de busca e revista, com base em *fundada suspeita*⁴³ de bens ilegais carregados por pessoa ou transportados em veículo, bem como na hipótese da prisão de suspeito durante

39 Advirta-se que as regras da *hearsay evidence* e *bad character evidence* possuem um complexo conjunto de exceções que têm limitado cada vez mais a sua abrangência.

40 Para Richard Vogler, trata-se do diploma “más detallado y orientado sobre la base de los derechos humanos que cualquier otro en Europa o en otro lugar” (Últimas Tendencias Probatorias en Inglaterra. In: Colomer, Juan Luis Gómez (coord.). Prueba y Proceso Penal. Madrid: Tirant lo Blanch, 2008, p. 412).

41 Nas seguintes referências, o presente *Act* será designado apenas PACE (1984).

42 Segundo o PACE (*Code B*, seção 7.2), o oficial que está no exercício de poder legal para a apreensão, ou mediante o consentimento do ocupante, pode apreender: tudo que estiver indicado no mandado; aquilo que o funcionário tem motivos razoáveis para acreditar que é uma evidência de um crime ou que tenha sido obtido em decorrência da prática de um delito, mas somente se necessária a apreensão para impedir que os itens sejam escondidos, perdidos, alienados, alterados, danificados, destruídos ou adulterados; reter bens para exame a ser realizado em outro lugar.

43 O PACE (*Code A*) apresenta sinteticamente alguns indicativos do que pode constituir *reasonable suspicion*: “Deve haver uma base objetiva para essa suspeita com base em fatos, informações e/ou inteligência, que são relevantes para a probabilidade de encontrar um artigo de determinada



tempo razoável para busca. Os meios utilizados pela autoridade para encontrar a *res* são superficiais (vasculhar bolsos, mochilas, etc...), desautorizada a busca íntima realizada pelo policial.⁴⁴

O *Code of Practice* da polícia não estabeleceu parâmetros concretos de atuação do agente, situação que permite certa discricionariedade. As diretrizes para a realização do *stop and search*, no mais das vezes se baseiam em critérios informais do próprio policial, como condenações anteriores que sejam de seu conhecimento; a manutenção da ordem e da autoridade policial, e a suspeita geral (estar no lugar errado na hora errada).⁴⁵

O policial pode exercer operações de busca, revista de pessoas e veículos em qualquer lugar onde o público tenha acesso, assim como em outro qualquer lugar a que as pessoas tenham imediato acesso no momento da intervenção policial, exceto quando sirva de habitação. Para tanto, devem estar presentes razoáveis fundamentos para suspeitar que será possível encontrar objetos furtados, roubados ou proibidos.

Se uma pessoa se encontra no jardim de uma moradia ou qualquer outro espaço ocupado como habitação, o funcionário de polícia não pode sujeitá-la a revista ou busca no exercício dos poderes conferidos, a menos que exista fundada suspeita que a pessoa não resida nesse local, ou que se encontre na habitação sem o consentimento expresso ou presumido do morador.⁴⁶

A busca em local determinado impõe a expedição de mandado, pelo juiz de paz, que autorize o policial a realizar a diligência. Segundo o capítulo 1, seção I, do PACE (1984), é possível que a polícia efetue busca em domicílios, sem mandado, nos casos em que presente o consentimento do proprietário, ou para recapturar fugitivo, ou evitar situações de perigo ou crime.

Compete ao juiz de paz (*judge of the peace*) emitir mandados de busca e apreensão em residências, quando existentes reais possibilidades de êxito da realização da prova pela polícia. Em função do requerimento da polícia, o juiz de paz deve considerar verossímeis as razões que indiquem a prática de crime passível de prisão e a possibilidade de localização de materiais de substancial valor para a investigação.

Nos locais não acessíveis ao público (sobretudo na residência), o juiz de paz expedirá o competente mandado, a requerimento da polícia, se houver demonstração da prática de uma *"arrestable offence"*⁴⁷, bem como de razões para concluir sobre a existência de objetos ou materiais com valor para a prova que não se encontrem abrangidos por

espécie ou, no caso de pesquisas sob a seção 43 da Lei de Terrorismo de 2000, probabilidade de que a pessoa seja um terrorista. Suspeita razoável nunca pode estar baseada em fatores pessoais. Deve contar com o serviço de inteligência ou informações, ou um comportamento específico da pessoa em causa." Não se pode ignorar a dificuldade prática de delimitar a expressão e os possíveis abusos decorrentes de sua indeterminação (Davies, Malcom; Croall, Hazel; Tyrer, Jane. *Criminal Justice*. London: Longman, 1995, pp. 102-103).

44 A seção 1, do PACE (1984), dispõe sobre a viabilidade da realização de revistas pessoais e buscas em veículos sem precedência de mandado, quando observada possível guarda ou ocultação de objetos furtados, roubados ou quaisquer outros que sejam proibidos.

45 Uglow, Steve. *Criminal Justice*. London: Sweet & Maxwell, 1995, p. 75.

46 Igualmente, em um jardim ou qualquer outro espaço ocupado como habitação, o agente não poderá realizar a busca no veículo a menos que exista fundada suspeita de que o possuidor ali não resida e não haja consentimento expresso ou presumido do morador.

47 Crimes a que corresponde pena de prisão de máximo igual ou superior a cinco anos e outros de uma extensa lista, entre os quais os crimes sexuais, crimes contra os fundamentos da vida em sociedade e contra o patrimônio.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



um “*legal privilege*” (v.g., materiais ou documentos abrangidos pelo segredo profissional, como os do advogado, em relação ao seu cliente).

Também não podem ser coletados os registros pessoais adquiridos ou criados no curso de contrato, negócio, ocupação profissional ou para o propósito de trabalho remunerado ou sigiloso (como é o caso dos registros médicos); tecidos humanos ou fluidos corporais retirados para diagnóstico ou tratamento médico e que a pessoa mantenha em confidência, além de material jornalístico confidencial (documentos ou outras gravações).

De acordo com a Seção 19, do PACE, o funcionário de polícia deverá apreender qualquer objeto que se encontre na residência, quando fundadas razões indiquem tratar-se de produto do crime; necessária a medida para prevenir que o objeto desapareça ou seja perdido, danificado, alterado ou destruído.

A busca em quaisquer locais públicos e a revista pessoal poderão ocorrer imediatamente após a captura, dispensado o mandado judicial quando possível supor a ocultação de objetos relacionados à prática criminosa, que possam desaparecer ou facilitar a subtração do suspeito aos posteriores atos processuais.

A polícia poderá, também, apreender informação contida em computadores sempre que haja a convicção de tratar-se de prova criminal, necessária a medida para acautelar o seu desaparecimento, perda, bloqueio ou destruição. Os objetos e substâncias apreendidos devem ser inventariados no respectivo auto, emitido recibo a quem os possuía.⁴⁸

Salvo quando voluntárias, as buscas devem ser gravadas e o material há que permanecer disponível para o suspeito, garantido seu direito à identificação do policial, da delegacia de polícia, do objeto procurado e do fundamento legal da medida.⁴⁹

A legislação processual penal inglesa admite genericamente (seção 68 do PACE), a apreensão de quaisquer provas constantes de registros documentais. A polícia atua por iniciativa própria na procura e apreensão de objetos, instrumentos e documentos que, relacionados ao crime, possam servir como fonte de prova. Previsão que autoriza concluir possível a apreensão de correspondência como subsídio ao conhecimento dos fatos apurados.

Ademais, a seção 1 (6) do PACE (1984) faculta a apreensão de “*artigos proibidos*”, como os “*feitos ou adaptados para utilização no crime ou em conexão com o mesmo*”, a permitir a inclusão da correspondência desde que haja qualquer conexão com o ilícito.

Admitida a busca em qualquer local de acesso público, a correspondência, eventualmente, poderá ser apreendida nesses lugares. Mas o procedimento é distinto em lugares inacessíveis ao público e em residências, que exigem prévia autorização judicial.⁵⁰

48 As disposições constam na seção 20 do PACE (1984) e na seção 66 do *Serious Organised Crime and Police Act 2005*.

49 “(1) O funcionário de polícia que apreenda qualquer coisa no exercício das competências conferidas por disposição legal, incluindo disposições legais anteriores à presente lei, deve, a requerimento de pessoa: (a) que seja ocupante das instalações onde se verificou a apreensão; ou (b) que tenha a posse ou o controle dos objetos imediatamente antes da apreensão, fornecer a essa pessoa documento onde se tenha registrado o que foi apreendido.” (capítulo 60, seção 21 do PACE).

50 Conforme assevera CARLOS ALBERTO SIMÕES DE ALMEIDA, o *Police and Criminal Evidence Act* “ao deferir ao ‘juiz de paz’ competências em matéria de emissão de mandados de busca e apreensão em edifícios, pressupõe a sua convicção de que, nos locais objeto da busca, venham a ser encontrados materiais com substancial valor para a investigação, sendo de incluir na vasta amplitude do conceito também os elementos de



O PACE (1984) autoriza *buscas pessoais íntimas* e também de amostras de sangue, sêmen ou saliva de um suspeito. A busca íntima exige autorização do superintendente de polícia, que deve ter razoável grau de convicção acerca da ocultação de arma ou drogas. Apenas médicos ou enfermeiras qualificados estão autorizados a efetivar esta modalidade de busca pessoal.

O *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 permite, contudo, exceções ao padrão mínimo de fundadas suspeitas, sempre que oficiais superiores de polícia acreditem haver incidentes envolvendo séria violência ou terrorismo.⁵¹ Esses poderes perduram por vinte e quatro horas, mas podem ser estendidos se crescentes os níveis de violência. Há que advertir, também aqui, que a referida prática gera preocupação, em relação aos riscos de perseguição de certos grupos e minorias étnicas.⁵²

Por fim, sobre a possível natureza reparatória da apreensão para a vítima (quando as coisas consistirem no produto do crime investigado), cabe assinalar que, tradicionalmente, no sistema inglês a vítima não dispõe de oportunidades para uma participação ativa no processo. Aliás, o órgão público acusador (*Crown Prosecutor Service*) pode abandonar a ação ou propor a solução por meio do *plea-bargain*, sem que a vítima tenha qualquer participação.⁵³

Antes de 1972, à vítima não era conferido sequer o direito a indenização, indispensável sua postulação na esfera civil. A alteração desse sistema atribuiu ao tribunal penal a possibilidade de conceder reparação à vítima, que não dispõe da prerrogativa para solicitá-la, e só poderá obtê-la na medida em que tiver concedido tal direito.⁵⁴

Gradualmente o papel da vítima passa a ocupar o cenário processual penal do Direito inglês, especialmente em razão do Code of Practice for Victims of Crime (2006), que elenca certos direitos para as vítimas, v.g., o de ser informada com antecedência sobre o oferecimento da ação penal. No entanto, o referido diploma não lhe confere poderes específicos para requerer buscas e apreensões.

4. Disciplina italiana

4.1. Notas gerais sobre o sistema probatório italiano

Inspirado na Constituição Italiana de 1988, de índole democrática, o Código de Processo Penal de 1988, rompendo com a tradição anterior do “Codice Rocco”, de estrutura inquisitiva, instaurou sistema eminentemente acusatório.⁵⁵

prova documental e, por consequência, a correspondência” (*Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 211).

51 Em 2000, o *Terrorism Act* também excepcionou a necessidade de suspeita razoável de que a pessoa esteja na posse de um determinado objeto (drogas, armas, coisas roubadas). Segundo a seção 44 do *Terrorism Act*, um oficial ‘senior’ pode autorizar que em determinada região da cidade, pedestres ou veículos sejam parados sem a presença de uma suspeita razoável. A finalidade do dispositivo é permitir a denominada ‘*intuitive search*’ em busca de itens relacionados ao terrorismo.

52 Davies, Malcom; Croall, Hazel; Tyrer, Jane. *Criminal Justice ...*, op. cit., p. 103.

53 Spencer, John. *O Processo ...*, op. cit., p. 96.

54 O *Home Office* publicou documento denominado *Victim’s Charter*, que recomenda à Justiça Penal uma atuação mais atenta com a situação da vítima. Por enquanto esta regulamentação ainda não assegurou a real participação da vítima (Spencer, John. *O Processo ...*, op. cit., p. 97). A “carta das vítimas” pode ser consultada em <http://www.gm-probation.org.uk/files/victims-charter2835.pdf> (acesso em 25.05.2013).

55 Tonini, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 15-18.



O atual sistema consagra diversas garantias: devido processo legal, legalidade, juiz natural, igualdade, contraditório, defesa, motivação dos provimentos judiciais, duplo grau de jurisdição, duração razoável do processo e presunção de inocência (artigos 3º, 24, 25, 27 e 111 da Constituição Italiana).⁵⁶

No sistema probatório italiano duas fases se distinguem: a de *investigações preliminares e a processual*.

Na primeira etapa, disciplinada pelo Livro 5º do Código, busca-se a obtenção de elementos de informação e fontes de prova visando à constituição da *opinio delicti* do Ministério Público, órgão a que cabe, auxiliado pela polícia judiciária, dirigir as investigações preliminares.

À defesa, além da intervenção nesta etapa, também é facultada a realização de investigação própria (art. 327-*bis*).

As investigações preliminares são realizadas sob o olhar atento do Juízo das Investigações Preliminares (“Giudice per le indagini preliminari”), a quem compete dar concretude às garantias processuais, controlar a duração de investigação e autorizar a produção antecipada de provas.⁵⁷

Finda essa primeira fase, cabe ao Ministério Público, não se convencendo da existência do crime e/ou de indícios suficientes de autoria, requerer o arquivamento do feito. Do contrário, postular a deflagração da ação penal (art. 405 e seguintes).

A fase processual é constituída de duas audiências: a audiência preliminar (etapa intermediária) e *audiência de julgamento*, na qual são produzidas as provas (fase de *dibattimento*).

Na primeira solenidade⁵⁸, da qual participam acusação e defesa, há o juízo de admissibilidade da acusação, podendo o juiz prolatar “sentenza di non luogo a procedere” ou “decreto che dispone il giudizio”, sendo-lhe ainda facultada a determinação de realização de diligências complementares (art. 429).

No primeiro caso, a acusação não é admitida (art. 425), como, por exemplo, ocorre quando o fato não constitui crime, por haver prova da inexistência do fato ou de que o imputado não o cometeu.

A segunda decisão admite a acusação, determinando a realização de audiência de julgamento, oportunidade em que as provas são produzidas sob a égide do contraditório (havendo, quanto à prova oral, exame cruzado), seguidas dos debates entre as partes e do julgamento de mérito da causa (art. 468 e ss.).

A lei processual italiana diferencia também os “meios de prova” (“mezzi di prova”) dos “meios de obtenção de prova” (“mezzi di ricerca della prova”).

56 Arantes Filho, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova no código de processo penal italiano*. In: Fernandes, Antonio Scarance; Almeida, José Raul Gavião de; Moraes, Maurício Zanóide de (coords.). *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 222-223.

57 Arantes Filho, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina ...*, op. cit., p. 224.

58 Bentivoglio, Antônio Tomás; Buono, Carlos Eduardo de Athayde. *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 69-71.



Os primeiros referem-se aos procedimentos previstos para o ingresso de um elemento de prova no processo.⁵⁹ Os últimos, também denominados *meios de pesquisa* ou *investigação da prova*⁶⁰ são instrumentos que visam ao conhecimento das fontes de prova, entendidas estas como “os elementos probatórios que existem no processo e com independência deste”.⁶¹

O “Codice di Procedura Penale” tipifica como meios de prova a *prova testemunhal, a oitiva das partes, as acareações, os reconhecimentos, as reconstituições judiciais, a perícia e a prova documental* (artigos 194 a 243). Os meios de obtenção de prova, a seu turno, são as *inspeções, buscas, sequestros e interceptações de conversações ou comunicações* (artigos 244 a 271).

Passemos, pois, a tratar especificamente da busca e apreensão, objeto de nosso estudo.

4.2. A busca e apreensão no ordenamento italiano

A busca, disciplinada nos artigos 247 a 252, visa à apreensão de coisas relacionadas ao crime ou à prisão do acusado ou foragido.⁶²

Cuidando-se de instituto que incide diretamente sobre os direitos constitucionalmente garantidos de liberdade, intimidade, propriedade e inviolabilidade do domicílio, sua regulamentação possui inegável índole garantista.⁶³

Exige, tanto a busca pessoal como a de lugar, inclusive a domiciliar, decisão motivada (art. 247, 2), sempre estribada nos requisitos de necessidade e urgência.⁶⁴ Em outras palavras, na lição de CORDERO, citado por ANIELLO NAPPI, pressuposto da busca é a existência de uma suspeita plausível.⁶⁵

No curso das investigações preliminares, é determinada pelo representante do Ministério Público (artigos 247, inciso 3, e 370, inciso I, do Código de Processo Penal).⁶⁶

A busca pessoal é autorizada quando há fundados motivos para se considerar alguém oculta sob seu poder o corpo de delito ou objetos relacionados ao crime, seja o acusado ou pessoa diversa.⁶⁷

A de lugar é realizada quando existem fundados motivos para se reputar que tais objetos se encontram em um determinado local ou que neste possa ser executada a prisão do réu ou do foragido (art. 247).

59 Cafferata Nores, José Ignacio; Hairabedián, Maximiliano. *La prueba...*, op. cit., p. 36.

60 Gomes Filho, Magalhães. *Notas sobre...*, op. cit., p. 309.

61 Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 165-166.

62 Leone, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*, t. II. Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963, p. 226.

63 Conso, Giovanni; Grevi, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 5a ed. Padova: CEDAM, pp. 356-357.

64 Dalla, Andrea Antonio; Ferraioli, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. 7a ed. Padova: CEDAM, 2010, p. 426.

65 *Codici di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Atti e Prove*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 730.

66 Tonini, Paolo. *A prova ...*, op. cit., pp. 245-246.

67 Leone, Giovanni. *Tratado ...*, op. cit., p. 226.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

A autoridade judiciária pode proceder pessoalmente à busca ou dispor que o ato seja feito pela autoridade policial (art. 247, § 3º).⁶⁸

O artigo 248 prevê procedimento simplificado quando se almeja coisa certa, hipótese em que seu detentor pode ser convidado a apresentá-la. Apresentado o objeto, não se procede à busca, salvo se for útil à completude da investigação, como, por exemplo, quando necessário conhecer o local em que o bem estava.⁶⁹

Para localizar as coisas sujeitas a apreensão ou para verificar outras circunstâncias úteis aos fins da investigação, a autoridade judiciária (lembre-se: igualmente o Ministério Público no curso das investigações preliminares) ou policial pela primeira delegada podem examinar apontamentos, documentos e correspondências junto aos bancos. Em caso de recusa, a autoridade procederá à busca.⁷⁰

Antes de ser realizada a busca pessoal, uma cópia da decisão respectiva é entregue ao interessado, com a observância de que lhe é facultado ser acompanhado por pessoa de sua confiança, desde que seja prontamente encontrada e idônea. A busca deve ser realizada respeitando-se a dignidade da pessoa a ela submetida e, dentro do possível, de seu pudor (art. 249).

Ao se iniciar a busca em um lugar, igualmente cópia da decisão respectiva é entregue ao imputado, se presente, e a quem possui a atual disponibilidade do lugar, com a observância retro referida (art. 250). Na falta da pessoa responsável pelo lugar, a cópia da decisão é entregue a um parente, habitante do lugar ou a um conhecido; na ausência destes, ao porteiro ou a quem exerça sua função.

Ressalte-se que se presente no momento da busca, o investigado será indagado se está assistido por defensor; negativa a resposta, será nomeado em seu favor advogado dativo (art. 365).⁷¹

A autoridade judiciária, ao proceder à busca em determinado lugar, pode dispor que seja também realizada nas pessoas presentes ou que ali acorrerem durante a operação, quando considerar que elas possam ocultar o corpo de delito ou coisas pertinentes ao crime. Pode também determinar motivadamente que ninguém deixe o lugar antes de concluído o procedimento, sob pena de detenção ou recondução coercitiva (art. 250).

Salvo caso de urgência, a busca domiciliar não pode ser iniciada antes das sete ou depois das vinte horas (art. 251).

Observe-se que domicílio, na letra da lei, cuida-se de “habitação ou locais fechados adjacentes a esta” (art. 251, § 1º).

À polícia, no curso das investigações preliminares, é facultada a realização de busca (seja pessoal ou de lugar), independentemente de prévia decisão da autoridade competente, em caso de flagrante ou fuga (art. 352), hipóteses em que, finda a operação, deverá comunicar com cópia do termo respectivo o Ministério Público do local de execução do procedimento, a quem cabe convalidá-la (se legal) em quarenta e oito horas.⁷²

68 O mesmo fazendo o Ministério Público no curso das investigações preliminares.

69 Tonini, Paolo. *A prova ...*, op. cit., p. 245.

70 Bentivoglio e Buono sublinham que, no sistema italiano, o Ministério Público, contra a vontade dos bancos, pode realizar a busca (*A reforma ...*, op. cit., p. 133).

71 Tonini, Paolo. *A prova ...*, op. cit., p. 246.

72 Tonini, Paolo. *A prova ...*, op. cit., p. 246.



O art. 247.1-*bis*, inserido no Código pela Legge 18 marzo 2008, n. 48, autoriza as buscas em sistemas informáticos ou telemáticos, ainda que protegidos por medidas de segurança, determinando-se que sejam adotadas as medidas técnicas tendentes a conservar os dados originais.⁷³

Finalmente, as coisas encontradas na busca serão apreendidas (art. 252).

5. Considerações Finais

O estudo das buscas e apreensões nos ordenamentos jurídicos estrangeiros foi precedido de breve exposição sobre o respectivo sistema probatório, com vistas a evidenciar as características peculiares do instituto nos contextos jurídicos analisados. Como se pode depreender deste exame, tais sistemas substancialmente inclinam-se favoravelmente à diferenciação das medidas de *busca* e de *apreensão*.

É certo que a classificação da medida, como já asseverava SÉRGIO M. DE MORAES PITOMBO, suscita a adoção de inúmeras terminologias pela doutrina, tais como “medidas probatórias cautelares, diligências cautelares, providências cautelares, para garantir a produção de provas; e providência cautelar de busca e apreensão”.⁷⁴ No entanto, a precisão terminológica esperada na identificação das providências não pode prescindir da separação dos conceitos.

Ambas as medidas pressupõe restrições a direitos individuais – inviolabilidade do domicílio e da pessoa física no caso da busca, e limitação do poder de deter as coisas e de reter pessoas no caso da apreensão. Sobre este caráter restritivo da providência, de maneira geral os esforços do legislador e do intérprete do Direito concentram-se, pois, respectivamente, na busca por estrita normatização da cautela, com o fito de evitar subjetivismos, bem como na estrita cognição. Tudo isto, sem perder de vista que o risco representado pelo processo incumbe majoritariamente ao Estado; tratando-se de desproporção intervir nos direitos individuais antes de criteriosa análise da necessidade e conveniência da medida.

Bibliografia

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova no código de processo penal italiano*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BENTIVOGLIO, Antônio Tomás; BUONO, Carlos Eduardo de Athayde. *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRENTEL, Camilla. *A disciplina da prova no processo penal argentino*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷³ Arantes Filho, Marcio Geraldo Britto. *A disciplina da prova ...*, op. cit., p. 238.

⁷⁴ *Do sequestro ...*, op. cit., p. 81.

 SUMÁRIO

 EXPEDIENTE

 APRESENTAÇÃO

 ENTREVISTAS

01 02 03

 ARTIGOS

01 02 03 04 05
06 07

 CONTO

CAFFERATA NORES, José Ignacio; HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *La prueba en el proceso penal: con especial referencia a los Códigos PPN y le la Prov. de Córdoba*. 6ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008.

CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. 5ª ed. Padova: CEDAM.

DALLA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 2010.

DAVIES, Malcom; CROALL, Hazel; TYRER, Jane. *Criminal Justice*. London: Longman, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010.

_____, *Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Sigilo no Processo Penal*. São Paulo, RT, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.

_____. *O “Modelo Garantista” de Luigi Ferrajoli*. *Boletim IBCCRIM*, n. 58, 1997.

_____. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982.

LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto (orgs.). *Codici di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Atti e Prove*. Milão: Giuffrè, 1997.

LEITE, Larissa. *Medidas Patrimoniais de Urgência no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*, t. II. Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1963.

PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

PITOMBO, SÉRGIO. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. Trad. Alessandro Baratta. Milano: Guffrè, 1962.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal Norte-americano*. São Paulo: RT, 2006.

SEABROOKE, Stephen; SPRACK, John. *Criminal evidence and procedure: the essential framework*. New York: Oxford University Press, 1996.

SIMÕES DE ALMEIDA, Carlos Alberto. *Medidas Cautelares e de Polícia do Processo Penal em Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2006.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

SPENCER, John. *O Processo Penal na Inglaterra*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processo Penal e Direitos do Homem*. Barueri: Manole, 2004.

_____. *O Sistema inglês*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prova giuridica*. Milano: Giuffrè, 1992.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

UGLOW, Steve. *Criminal Justice*. London: Sweet & Maxwell, 1995.

VILARES, Fernanda Regina. *A prova penal no Direito inglês*. In FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. *Provas no Processo Penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VOGLER, Richard. *Últimas Tendencias Probatorias en Inglaterra*. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (coord.). *Prueba y Proceso Penal*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2008.



AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEUS (IN)SUCESSOS – BREVES CRÍTICAS A SEUS DESCOMPASSOS PRÁTICOS

Camila Maués dos Santos Flausino

Mestranda em Estudos Fronteiriços (UFMS/CPAN). Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal. Professora Colaboradora do Curso de Direito da UFMS/CPAN. Defensora Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Ex-Defensora Pública dos Estados do Piauí e do Amazonas.

Resumo: Este artigo destina-se à análise das dificuldades práticas que afetam a eficácia da audiência de custódia idealizada nos moldes atualmente delineados pelos documentos internacionais versantes sobre direitos humanos e pela Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – que disciplina o procedimento de audiência de custódia no âmbito do Poder Judiciário. O estudo crítico tangente à maneira em que conduzidas em certas ocasiões as audiências de custódia exsurge da percepção advinda do dia a dia forense, que delata burla à normatização pertinente por meio de práticas questionáveis sob a perspectiva da exigência de efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Audiência de custódia – Finalidades – Dificuldades práticas.

Abstract: This article is intended to analyze the practical difficulties that affect the effectiveness of the initial hearing idealized in the way currently outlined in the international human rights documents and by the National Council of Justice (CNJ) Resolution 213/2015, which initial hearing proceeding within the scope of the Judiciary. The critical study of the way in which initial hearings are conducted on certain occasions exudes from the day-to-day perception of forensics, which betrays relevant normatization through questionable practices from the perspective of enforcing fundamental rights and guarantees.

Keywords: Initial hearing – Purposes – Practical difficulties.

Sumário: 1. Introdução; 2. Audiência de custódia: contexto brasileiro, definição, respaldo normativo e suas finalidades; 3. Algumas disparidades entre as práticas adotadas e a normativa pertinente – O abismo entre o dever-ser e a prática forense; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A audiência de custódia, como convencionalmente passou a ser designada a oitiva inaugural e consecutiva do preso pela autoridade judicial logo após a prisão de um indivíduo, resplandece em meio a um estado generalizado de perplexidade acerca de sua própria existência, finalidades e desenvoltura procedimental, que atingiu de chofre a significativa massa de operadores do direito. Apesar de se tratar de matéria afeta ao direito penal adjetivo, tangente ao direito internacional dos direitos humanos, até pouco tempo escassos autores processualistas ousaram gestar linhas a respeito da audiência de custódia e abordá-la como genuíno instituto garantidor dos direitos à liberdade e à integridade do sujeito preso.

Em boa hora, ainda que tardiamente, pôs-se em voga a audiência de custódia como procedimento destacado e incidível ao processo penal pátrio, alinhando-o à Convenção Americana de Direitos Humanos (CACH) e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aos quais o Brasil aderiu voluntariamente e em manifestação



da sua soberania. Diz-se tardiamente, vez que, apesar de decorridos mais de vinte anos da adesão do Brasil àqueles documentos internacionais e mais de dez anos da redação do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, que instituiu o “bloco de constitucionalidade”¹, relativamente ao caráter infraconstitucional, porém supralegal de tratados e convenções que tratem sobre direitos humanos que não se submeteram àquela cláusula², somente recentemente, há pouco mais de um ano, implementou-se na prática aquilo que há muito se garantia ao segregado criminal em âmbito regional e internacional.

Inobstante a ausência de lei em sentido estrito no Brasil sobre a temática³, a audiência de custódia foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça através da Resolução nº 213/2015 e por diversos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais por intermédio de atos normativos próprios e convênios que abordam o procedimento a ser observado pelos seus respectivos magistrados⁴. O Poder Executivo Federal publicou em 2016, através do Departamento Penitenciário Nacional, vinculado Ministério da Justiça, “Audiências de Custódia e Prevenção à Tortura: Análise das Práticas Institucionais e Recomendações de Aprimoramento”, de grande relevância às instituições jungidas à temática, ao indicar recomendações para o aprimoramento das audiências de custódia⁵.

Entretanto, apesar de autonomamente o Poder Judiciário disciplinar a respeito da audiência de custódia por resolução e provimentos, não lhe é lícito afastá-los do modelo idealizado pelos documentos internacionais nos pontos que guardam pertinência à garantia de apresentação, sem demora, do preso sob qualquer pretexto ao juiz ou à autoridade que, conforme a legislação local, arvora-se à função judicial com poderes de deliberação acerca da prisão. A preocupação de constante alinhamento entre o que se faz na prática e os propósitos e a etiologia do instituto insculpidos nos documentos internacionais correlatos persistem como medida de controle da atuação punitiva estatal e de proteção dos direitos humanos dos presos, a um só tempo.

E sobre essa discrepância entre o que se aclama e o que é feito na prática é o que se tratará nesse breve articulado, embalado pelo singelo propósito de fomentar a mera reflexão acerca do cotidiano forense.

1 Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

2 Recurso Extraordinário 466.343/SP.

3 Em 20/08/2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI 5240, julgou por maioria e nos termos do voto do Relator, Min. Luiz Fux, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido formulado pela associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil), em que questionavam a regulamentação das audiências de custódia através do Provimento Conjunto nº 3/2015 editado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pela Corregedoria Geral da Justiça desse Estado sob o argumento de que a audiência de custódia somente poderia ser regulamentada por lei federal, por se tratar de matéria atinente a direito processual, portanto, da competência privativa da União para legislar a respeito (CF, art. 22, inciso I). O STF decidiu que a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional, posto que o ato normativo apenas disciplinou normas já vigentes.

4 O Projeto de Lei nº 554/2011 em trâmite no Senado Federal visa à alteração do art. 306, §1º, do CPP, o qual passaria a ter a seguinte redação: “No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=07/09/2011&paginaDireta=36707>>. Acesso em 03.04.2017.

5 Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1-correto.pdf>>. Acesso em 13.05.2017.



Delimita-se o espaço de observação no Estado de Mato Grosso do Sul, onde a articulista atua na área criminal como Defensora Pública Estadual, em que pinçadas algumas práticas que destoam dos desideratos de documentos internacionais sobre direitos humanos relacionados com a audiência de custódia e com medidas de combate à tortura, tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, bem como da própria Resolução nº 231/2015, do CNJ.

2. Audiência de custódia: contexto brasileiro, definição, respaldo normativo e suas finalidades

2.1.0 contexto brasileiro

A cultura vertiginosa da prisão como elixir para todos os males que envolvem a prática delitiva exige revisão diante de um contexto de superlotação carcerária e de reiteradas violações a direitos fundamentais de presos. Não à toa o Supremo Tribunal Federal (STF), na Medida Cautelar na ADPF nº 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional a respeito do caótico sistema penitenciário brasileiro, impondo em até noventa dias a realização de audiências de custódia⁶.

A tendência, dentro desse diagnóstico, que vislumbra o Brasil no terceiro lugar do infame pódio formado pelos países que mais prendem no mundo⁷, é enaltecer a aplicação de medidas cautelares diversas do encarceramento enquanto durar a tramitação do feito criminal, desde que inexistente o risco à efetividade processual, somente minimizado com uma prisão necessária e adequada.

O juízo de valor sobre a prisão cautelar (ou processual, provisória também designada de prisão sem pena), a qual, naturalmente não tem caráter satisfativo como a prisão decorrente do trânsito em julgado da sentença condenatória, deve ser emitido à luz das circunstâncias extraídas do contexto fático, concretamente consideradas, tornando despiciendas conjecturas e abstrações inflamadas na mente do juiz a respeito do crime em tese cometido. A prisão cautelar pauta-se no que, de fato, põe em risco o sucesso da instauração, da desenvoltura e do encerramento do processo, e não o que se imagina o que esse risco possa ser segundo truísmos sem qualquer substrato concreto, fático.

Daí se extrai a excepcionalidade que reveste a prisão decretada antes de uma condenação trânsita, a ponto de se defender a prisão como última medida a ser tomada como mecanismo de acautelamento do processo, inobstante a tensão que exerce sobre o princípio da presunção de inocência, prevista tanto em seara constitucional⁸, quanto na CADH⁹.

6 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 04.01.2016. Em contraponto apresentado por Lenio Luiz Streck em artigo nominado como Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 04.01.2016.

7 MONTENEGRO, Manuel. *CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 06.01.2015.

8 Artigo 5º, incisos LVI (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) e LVII (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória).

9 Artigo 8.2, Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.



Nessa cadência, Guilherme de Souza Nucci¹⁰:

O sistema é harmônico e estruturado em regras mínimas de coerência e eficácia. De início, pois, vale lembrar que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII, CF). É a presunção de inocência, valor relevante, quando se trata do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, a inversão desse status de inocência transfere ao Estado, por seus órgãos constituídos, voltados à investigação, acusação e julgamento, o ônus de provar a culpa do réu. Considerando-se ser o acusado inocente, até prova definitiva em contrário, não deve ser recolhido ao cárcere antes da hora. Disso deduz-se, com lógica, ser a prisão cautelar um momento excepcional na vida do indiciado ou réu.

A prisão cautelar, por ser excepcional, exige a correta ponderação de valores aparentemente conflitantes entre si (liberdade vs. segurança pública) e a inibição da vulgarização desse instituto, servente exclusivamente à utilidade do processo, e não aos anseios midiáticos ou retaliatórios.

Em meio ao turbilhão de denúncias que versam sobre o uso imoderado e despudorado da prisão cautelar, em que muitas vezes a ordem preferencial do art. 282, §6º, do CPP¹¹, é subvertida sem qualquer justificativa aceitável, surge a preocupação com a superlotação nos presídios brasileiros, similares a câmaras de horrores e com o encontro de uma solução idônea a frear o ímpeto do aprisionamento.

Não foi suficiente a reforma inserida pela Lei nº 12.403/ 2011 para conscientizar magistrados acerca da excepcionalidade da prisão, cujas regras inovadoras em meio a um código de processo penal de cariz eminentemente autoritário são mais vistas como recomendações do que imposições. Sem outras saídas, a mais próxima solução encontrada para a superlotação carcerária deita-se sobre a audiência de custódia, que exsurge como garantia multifuncional, tendente a evitar prisões inócuas ou arbitrárias e a inibir a tortura policial (violência estatal institucionalizada), a um só tempo.

2.2 Definição

Como lembrado por Caio Paiva, a designação *audiência de custódia* “não encontra correspondência no Direito Comparado”.¹² Cleopas Isaias Santos *apud* Caio Paiva prefere a designação “audiência de garantia” para referir-se à audiência de custódia.¹³

A audiência de custódia configura-se como genuína garantia de preservação da integridade (física e psíquica) do preso e como mecanismo de evitar prisões arbitrárias, desnecessárias ou ilegais. Essa garantia já era objeto de

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 30.

11 A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do Código de Processo Penal Brasileiro).

12 *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 31.

13 *Idem*.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



regulamentação pela CADH (art. 7.5)¹⁴ e pelo PIDCP¹⁵ (art. 9.3), muito antes de ser abordada nas correntes discussões sobre o ato travadas em âmbito nacional.

Para Aury Lopes Jr. e Caio Paiva, “A denominada audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão”.¹⁶

Sob essas diretrizes, tecem-se os principais aspectos da audiência de custódia, sinalizada como verdadeira garantia creditada ao cidadão preso contra eventuais desmandos estatais qualificadores de um encarceramento indevido, prejudicial à tensão entre a liberdade individual e a segurança pública/efetividade processual e à eficiência e lisura da atuação dos órgãos estatais responsáveis pela prisão, direta ou indiretamente.

Apesar da relutância por parte de alguns operadores do Direito de efetivar tal garantia na prática, advinda da obrigatoriedade da implementação da audiência de custódia, comportamento este até mesmo esperado diante de uma inovação e do impacto que gera na esfera do comodismo, sinaliza-se que o ato, ainda que tardiamente, fincou suas raízes em solo brasileiro, para nunca mais esvair (a isso se aspira).

2.3 Finalidades

Consideradas as primeiras notas que cunham a audiência de custódia e o teor dos tratados internacionais que a albergam, surgem reflexões sobre suas finalidades, das quais não se podem afastar os operadores do direito em nenhuma circunstância, sob pena de esvaziamento do instituto e mecanização de sua realização com o raso propósito de mera obediência a determinações da cúpula do Judiciário.

Na praxe, o senso crítico e a teoria nunca devem ser deixados de lado sob o pretexto da praticidade e da lei do menor esforço. Nesse compasso, os objetivos da realização da audiência de custódia jamais deverão ser desprezados ou flexibilizados pelos agentes envolvidos no ato, de molde a torná-lo uma trivialidade em meio a uma turbulenta pauta de audiências e afazeres funcionais.

Novamente citado, Caio Paiva compila, com maestria, as três principais finalidades da audiência de custódia¹⁷. A primeira delas é “ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos”. Com efeito, da forma como está, o Código de Processo Penal não passa por um controle de convencionalidade, já que, em

14 Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

15 Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

16 JUNIOR, Aury Lopes; e, PAIVA, Caio. *Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/auryo-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em 04.12.2015.

17 Op. Cit., p. 34.



nenhuma passagem, há a previsão de realização da audiência de custódia como condição intrínseca de legalidade da prisão, seja ela decorrente de flagrante delito, preventiva ou temporária. A suficiência da obrigatoriedade da pronta condução de todo cidadão que foi levado ao cárcere à presença da autoridade judicial radica dos próprios tratados citados, os quais por serem normas supralegais (na visão do STF), atendem ao propósito de imperatividade.

A segunda finalidade para o autor consiste na prevenção da tortura policial, de maneira a salvaguardar a incolumidade física e psíquica do preso. Segundo o art. 2, da Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura, tortura consiste em 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 psíquica¹⁸.

Muito infelizmente, essa odiosa prática tornou-se truísmo no dia a dia através da fala de muitos brasileiros sôfregos com a crescente violência urbana, como manifestação de justiça movida por um discurso de ódio contra “bandidos” transgressores da lei, que atentam contra a paz e o sossego do bom pai de família, honrado e cumpridor de suas obrigações cívicas. O famoso clichê “bandido bom é bandido morto” ecoa no psicológico e nas manifestações expostas por (alguns) agentes de segurança pública (policiais civis e militares, guardas municipais etc), por populares e pela mídia sensacionalista que os instiga. O autoritarismo que resvala a performance de (alguns) agentes policiais escora-se na aquiescência, senão por ação, mas sobretudo por omissão da sociedade, ironicamente corresponsável por acentuar os índices de criminalidade com sua hipocrisia travestida em desigualdades sociais e segregações de toda sorte.

A prática da tortura na atuação policial é assombrosamente naturalizada. Segundo dados apresentados pela pelo relatório 2016/2017 da Anistia Internacional, “A maioria dos homicídios cometidos por policiais continuaram impunes”¹⁹. Para a Human Rights Watch, em seu relatório de 2016, sobre o contexto brasileiro, “O número de pessoas mortas pela polícia, incluindo por policiais fora de serviço, aumentou em quase 40 por cento em 2014, chegando a mais de 3.000, de acordo com dados oficiais compilados pela organização não-governamental Fórum Brasileiro de Segurança Pública”²⁰.

18 Dentre os diversos documentos internacionais pertinentes à temática, cita-se o Protocolo de Istambul, que dispõe em seu item 28: “(...) sempre que haja qualquer denúncia ou razão fundada para supor que tenha sido cometido um acto de tortura no âmbito da sua jurisdição, os Estados Partes deverão garantir que as suas autoridades investiguem imediatamente o caso de forma adequada e instaurem, se for caso disso, o correspondente processo penal”. No item 78, giza que: “Os Estados deverão garantir que todas as queixas e denúncias de tortura ou maus tratos sejam pronta e eficazmente investigadas. Mesmo na ausência de uma denúncia expressa, deverá ser instaurado um inquérito caso existam outros indícios de que possam ter ocorrido actos de tortura ou maus tratos. Os investigadores, que deverão ser independentes dos suspeitos e dos organismos a que estes pertencem, devem ser competentes e imparciais. Deverão ter acesso a perícias efectuadas por médicos ou outros peritos independentes, ou dispor da faculdade de ordenar a realização de tais perícias. Os métodos utilizados para levar a cabo o inquérito deverão respeitar as mais exigentes normas profissionais, e os resultados obtidos deverão ser tornados públicos”. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf>. Acesso em 08.04.2017.

19 REINO UNIDO. Anistia Internacional. *Informe 2016/17. O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Disponível em <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/02/AIR2017_ONLINE-v.3.pdf>. Acesso 03.04.17, p. 84.

20 MORAES, Ricardo. *Relatório Mundial 2016: Brasil. Eventos de 2015*. Disponível em <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573#5d8cdf>>. Acesso em 03.04.2017.



A aceitação (e assentimento) da violência policial é vista em operadores do direito, na comunidade, na polícia e, por incrível que pareça, nos próprios torturados. Estes, na substancial maioria ignorantes de seus direitos e mergulhados em um sistema autoritário e violador de direitos e garantias fundamentais, compreendem que a resposta “mais enérgica” de policiais condiz com a conduta ilícita que praticaram.

A título de exemplo, que ratifica a estranha passividade com que os torturados enfrentam o tema, certa feita, um preso me relatou um caso de abuso policial. Porém, para minha surpresa, o preso não compreendia minha perplexidade acerca da ocorrência dessa violência estatal como uma reação adversa à prática, pois, para ele, o endurecimento dos agentes envolvidos em sua prisão “era esperada, já que praticara mesmo o crime” e que “polícia tem que bater mesmo em bandido, como ele”. Tive que envidar esforços no sentido de convencê-lo de que ele foi vítima de tortura e que providências deveriam ser tomadas contra os policiais agressores. Trata-se de experiência que ilustra como o autoritarismo, a arbitrariedade, o abuso e a tortura policial estão arraigadas na sociedade e naqueles que a representam.

E a evitar a violência institucionalizada, manifesta na forma de tortura policial, é que a audiência de custódia visa. Por isso, compete com exclusividade à autoridade judicial, dotada de imparcialidade, independência e poder-dever de cessar incontinenti eventuais irregularidades da prisão, dentre elas a ocorrência de tortura, presidir a audiência de custódia. O juiz, maior responsável pela tutela de direitos e garantias fundamentais do cidadão, deve ser sensível aos relatos de violência estatal narrados pelo custodiado e lhe é obrigatório promover os atos indispensáveis à detecção, prevenção e interrupção da tortura e seus efeitos, bem como à responsabilização dos agentes estatais. Para auxiliar os magistrados nesses misteres, o CNJ traçou as diretrizes da atuação judicial em hipótese de relato de abusos no Protocolo II, da Resolução nº 213/2015.

Em diversas oportunidades, a Corte Interamericana de Direitos Humanos acentuou a imprescindibilidade da audiência inaugural, sem demora, do preso por autoridade judicial como forma de evitar prisões ilegais. Cita-se, por todas, Caso Acosta Calderón vs. Equador²¹.

A terceira, e última finalidade, da audiência de custódia, listada por Caio Paiva, consubstancia-se no propósito de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. As dificuldades de atendimento a essa finalidade será melhor tratada no tópico seguinte, a fim de se contextualizar o cerne desse breve estudo.

2.4 A audiência de custódia como mecanismo para evitar prisões arbitrárias e desnecessárias

Foi sinalizado acima que um dos objetivos da audiência de custódia consiste no propósito de evitar prisões que se mostram, no caso concreto, desnecessária (porque dispensável), arbitrária ou de qualquer outra forma ilegal.

Conforme a inteligência do art. 310, do CPP, a autoridade policial, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, prontamente, relaxar a prisão, caso esta for ilegal; conceder a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares alternativas à prisão, listadas no art. 319, do código, se porventura não se fizerem presentes os requisitos da prisão

²¹ “Article 7(5) of the Convention states that any person detained is entitled to have a judicial authority revise said arrest, without delay, as a suitable means of control in order to avoid arbitrary and illegal arrests. The prompt judicial control seeks to avoid arbitrary or illegal arrests, taking into account that, in a Constitutional State, a judge must guarantee the rights of the person detained, authorize the adoption of precautionary or coercive measures, when these are strictly necessary and, in general, ensure that the accused receive a treatment consequent with the presumption of innocence”. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/acosta_07_02_08_ing.pdf>. Acesso em 26.03.2016.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



preventiva; ou, de forma fundamentada e escorado no caso concreto, decretar em desfavor do preso prisão preventiva, mediante prévia provocação, uma vez satisfeitos os requisitos e presentes um dos fundamentos para a imposição da medida segregacionista, que, por sua natureza e face seus efeitos, é de ordem excepcional.

Pois bem. Nesse cenário, a audiência de custódia provoca o contato físico entre o detido e o juiz, o que permite a este irromper-se do seu gabinete e transpor o papel frio sobre o qual delibera sobre a prisão, na medida em que se posiciona face a face com aquele sobre o qual os efeitos de uma decisão judicial recairão. Ao preso, a seu turno, transparece, com essa conferência, a expectativa de que uma autoridade que tem poder de decidir sobre seu destino (soltura ou encarceramento) o ouvirá, o reconhecerá como sujeito de direitos e avaliará sua situação jurídica de fato.

O distanciamento, proposital ou circunstancial, entre o juiz e o privado da liberdade resvala-se para ceder espaço a importante momento procedimental, inserto no processo de legitimação da detenção que somente se finda quando todas as arestas que a fundamentam e a contextualizam estarão sob o absoluto controle judicial (primado da jurisdição).

Diante de uma representação de prisão preventiva ou de prisão temporária (Lei nº 7.960/89) ou de insuficiência ou inadequação de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva (na hipótese de prisão em flagrante acompanhada de representação pela preventiva²² e não havendo ilegalidade da detenção), competirá ao juiz analisar a presença de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, por ostentar a medida segregacionista o caráter da instrumentalidade²³. Tais pressupostos, inerentes a qualquer medida cautelar, advêm de elementos informativos precários trazidos no auto de prisão em flagrante ou na representação que exigem do juiz cognição sumária a respeito deles, restringida em relação à sua profundidade.

Mesmo antes da implementação da audiência de custódia o juiz já era obrigado a fundamentar a sua decisão de manter em cárcere o detido, equilibrando o princípio do estado de inocência com a preservação da efetividade processual sob o alinhamento dos requisitos legais.

Nesse diapasão, cita-se Eugenio Pacelli, para quem²⁴:

[...] nenhuma atividade regular do exercício do Poder Público pode ser descurada ou até subestimada a sua utilidade, sobretudo quando se tratar de funções típicas do Estado, que vem a ser precisamente a atuação do Poder Judiciário. Quaisquer condutas que tendam a impedir ou a embaraçar a sua atuação devem ser cortadas [...]. O que estamos a afirmar é que, quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda que com recurso à sua inerente coercibilidade.

O que veio, então, de novo com a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia?

22 Art. 311, do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011 (Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial).

23 Sobre a exigência de enfrentamento desses requisitos na prisão temporária, em meio a diversas correntes, vide FERNANDES, Antônio Scarance e GRINOVER *et alii* apud LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 937.

24 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 498.



Agora, durante esse ato, motivado pela transposição da “fronteira do papel”²⁵, o juiz passará a atentar-se aos diversos aspectos que cingem à prisão, desde a análise de prática de tortura ou maus tratos, a verificação da (i)legalidade da detenção até a presença dos pressupostos de eventual prisão ou a (in)adequação e (in)suficiência de medidas cautelares diversas da prisão, de forma a prospectar elementos da própria audiência de custódia que servirão de estribo à sua decisão (relaxamento da prisão, concessão de liberdade provisória com ou sem a aplicação de medidas alternativas à prisão, a imposição ou ratificação de prisão preventiva, neste último caso, quando radicada de prévia representação do Ministério Público, do querelante, da autoridade policial ou do assistente de acusação).

Quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, o juiz tomará as providências listadas no art. 310, do CPP, com base nos elementos informativos primários que estão consubstanciados no respectivo expediente, sobretudo na versão transcrita do flagrante, extraída da sua oitiva em sede policial.

Ora, se o juiz baseia-se objetivamente nas transcritas informações contidas no auto de prisão em flagrante ou no expediente que acompanha a representação pela preventiva/temporária para, no primeiro caso, converter a prisão em preventiva e, no segundo caso, deferir tal representação, a audiência de custódia, no que toca à oitiva do suspeito/indiciado, presta-se a humanizar o contato entre a autoridade judicial e aquele que está sujeito à persecução penal, dando vigor, cor, cheiro e tato na confrontação entre esses dois sujeitos processuais, que deixa de ser virtual, via papel e cartório, para ser pessoal.

Uma manifestação lida não gera o mesmo impacto que uma manifestação falada e gesticulada. Com isso, a personalidade da ingerência da autoridade judicial sobre a vida do preso durante a análise do auto de prisão em flagrante é uma das facetas teleológicas da audiência de custódia, que enfrenta cotidianamente constantes ameaças e resistências.

3. Algumas disparidades entre as práticas adotadas e a normativa pertinente – O abismo entre o dever-ser e a prática forense

Aos quatro cantos, são propagadas as vantagens da audiência de custódia para a humanização do processo penal, decorrentes do contato visual, auditivo e tátil entre juiz e suspeito/indiciado, ali mesmo, no calor da circunstâncias da prisão. Suplantar a chamada “fronteira do papel”, referindo-se ao comunicado dessa espécie de prisão através da remessa do respectivo auto à autoridade judicial, é o grande desafio²⁶.

Dentre os argumentos favoráveis à audiência de custódia, cita-se a retração do encarceramento com a redução do número de prisões e a ampla aplicação de medidas cautelares diversas elencadas no art. 319, do CPP²⁷. Segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desde fevereiro de 2015, quando as audiências de custódia iniciaram-se em alguns Estados da Federação, cerca de 8 (oito) mil pessoas deixaram de ser presas, gerando a economia de R\$ 500 milhões, os quais seriam destinados, a princípio, à manutenção de detentos e à construção de unidades prisionais. Neste ritmo, ainda segundo o CNJ, dentro de um ano, aproximadamente, 120 (cento e vinte) mil

25 PAIVA, Caio. Op. cit., p. 56.

26 JUNIOR, Aury Lopes; e, PAIVA, Caio. Op. cit.

27 LEWANDOWSKI, Ricardo. *Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios; entenda*. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>> Acesso em 12.01.2016.



peças livrar-se-ão soltas, tornando prescindível a construção de mais 230 (duzentos e trinta) presídios, ou seja, 14 (catorze) bilhões de reais seriam economizados dentro desse contexto²⁸.

Ocorre que os alardeados dados de sucesso afetos à implantação da audiência de custódia, concernentes à quantidade de solturas e de economia dela supostamente decorrentes, não guardam pertinência ao que é aplicado na prática forense, em decorrência de comportamentos oposicionistas por parte de alguns operadores do direito que insistem em adotar cômodos mecanismos de desobstrução de pautas de audiências em meio ao turbilhão de processos que tramitam em varas criminais.

A discrepância entre o que é divulgado ao público de um modo geral e o dia a dia dos fóruns criminais motiva-nos a desmistificar o discurso poroso propagado de que a audiência de custódia contribui para a liberação de presos e, por via de consequência, para a preservação do erário, uma vez que a prática desenvolvida não cede espaço ao atendimento de tais desideratos.

Passado mais de um ano da implementação das audiências de custódia no Brasil, 2017 veio a provar que há dificuldades não sanadas à medida que desencadearam uma série de diversos massacres promovidos por facções no interior de alguns deploráveis presídios brasileiros. Tornou inesquecível o dia 01 de janeiro, com 56 mortos no Compaj, em Manaus/AM, e cinco dias depois, mais 31, na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista/RR. Dentre as possíveis causas para a carnificina com que muitos concidadãos sarcasticamente se divertiram nas redes sociais, cita-se a superlotação e o excesso de presos provisórios.

Um dos obstáculos à concretização da finalidade da audiência de custódia, no tocante à apuração da cautelaridade da prisão preventiva, consiste na aqui denominada cláusula de contenção argumentativa, consistente na vedação de se antecipar a análise do mérito por parte, em especial, do preso, cujas declarações colhidas em sede extrajudicial e compiladas no auto de prisão em flagrante, respeitantes ao mérito, já foram suficientemente apreciadas pela autoridade judicial para fundamentar eventual prisão preventiva.

Vê-se que a cláusula de contenção argumentativa pesa sobre circunstâncias específicas, em que o preso e seu Advogado, ou Defensor Público, tentam contra-argumentar, durante a audiência de custódia, as alegações veiculadas pela autoridade policial na representação ou pelo Ministério Público em seu requerimento de decretação da preventiva ou temporária, de forma a implementar, assim, em sede cautelar, o contraditório a respeito da medida prisional (art. 282, §3º, do CPP). No entanto, o preso e seu Advogado ou Defensor Público são silenciados ao pretenderem discutir sobre a materialidade e a autoria/participação durante a audiência de custódia sob o pretexto de que o art. 8º, §1º, da Resolução nº 213/2015, do CNJ, proíbe “perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação”, conquanto o mérito já fora tangenciado por meio do debate deflagrado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público em seus respectivos pedidos de decretação de prisão preventiva (ou temporária) concernente à prova da materialidade e indícios de autoria ou participação e devidamente valorados pela autoridade judicial ao apreciar tais pleitos.

Ora, prova de materialidade e indícios de autoria/participação dizem respeito ao mérito da imputação, com suas limitações cognitivas definidas pelo juízo de verossimilhança inerente à seara cautelar, mas afetas ao mérito e

28 MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Aumento da população carcerária de SP desacelera com audiências de custódia*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80672-aumento-da-populacao-carceraria-de-sp-desacelera-apos-audiencias-de-custodia>> Acesso em 12.01.2016.



devidamente analisadas em juízo de cognição sumária para fundamentar a decretação de prisão cautelar. A verbalização, por exemplo, da versão dos fatos pelo preso em sua audiência de custódia com o fim de arrefecer os indícios de autoria/participação e de repelir a iminente prisão preventiva/temporária não importa em produção antecipada de prova, desde que desprezada em sede de instrução processual.

Em compreensão semelhante, Caio Paiva²⁹, para quem:

[...] surpreende que a comunidade jurídica brasileira censure qualquer atividade probatória na audiência de custódia, em que estão presentes o Ministério Público, a defesa técnica e o juiz, mas admita, com tranquilidade, que a pessoa presa adentre no mérito do caso penal quando é ouvida na lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, sem o acompanhamento de advogado ou de defensor público.

E segue:

O primeiro equívoco desse pensamento é a pretensão de promover uma separação rigorosa entre cautelar e mérito do caso penal. Isso não existe. O CPP exige prova da existência do crime e indício suficiente de autoria para que a prisão preventiva possa ser decretada (artigo 312, caput). A Lei 7.960/1989 exige fundadas razões, de acordo com as provas, de autoria ou participação do investigado (artigo 1º, II), para que a prisão temporária possa ser decretada. E mais. O CPP estabelece que o juiz deve conceder liberdade provisória, e não converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando o agente tiver praticado o fato amparado por excludente de ilicitude (artigo 310, parágrafo único), assentando, ainda, que em nenhum caso se admitirá a decretação de prisão preventiva se presente este cenário (artigo 314). Ora, como influenciar o julgador no convencimento sobre essas questões sem entrar no mérito do caso penal?

Com efeito, com uma proposta de reverter a superlotação de presídios, não se compreende como a audiência de custódia influenciaria na redução de prisões provisórias indevidas se não se oportunizar ao preso discutir sobre os elementos que determinarão a sua prisão doravante, ou seja, sobre prova da materialidade e indícios de autoria/participação, requisitos que são para a decretação da prisão preventiva³⁰.

Outro óbice que se vivencia na vida prática para a consolidação das audiências de custódia tal como idealizada normativamente consiste na resistência por parte de alguns juízes de não realizá-las em favor de presos decorrentes do cumprimento de mandado de prisão e a ausência de comunicação deste cumprimento à Defensoria Pública ou ao Advogado, tal como determinado pelo art. 289, §4º, do CPP.

Uma vez executado o mandado prisional e lançado no Banco Nacional de Mandados de Prisão, mantido pelo CNJ, o preso será levado a uma unidade policial, lá sendo mantido ou transferido a um estabelecimento penal.

Ocorre que essa peregrinação do preso, desde o cumprimento do mandado prisional até a sua fixação em unidade prisional/estabelecimento penal, não tem, nesses casos de ausência de comunicação, qualquer acompanhamento, seja ele público ou particular, o que o expõe aos mais diversos abusos e restrições indevidas a direitos fundamentais

²⁹ PAIVA, Caio. *Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>> Acesso em 03.04.2017.

³⁰ Entendendo que são prescindíveis prova inequívoca da materialidade e indícios de autoria na prisão temporária, Guilherme de Souza Nucci, em seu livro *Prisão e Liberdade - As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



que lhe são inerentes. A ausência de fiscalização seja da lisura do cumprimento do mandado prisional, seja do tratamento conferido ao preso, com vistas à preservação da sua incolumidade física e psíquica, é mais um estímulo institucionalizado ao cometimento de violação a direitos e garantias fundamentais e demonstrativo do retrocesso à meta de preservação e evolução dos direitos humanos, sob uma perspectiva utópica.³¹

O art. 306, do CPP, determina, em especial, a comunicação da prisão em flagrante, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após sua realização, ao Advogado informado pelo autuado ou, caso este não o faça, à Defensoria Pública, remetendo-lhe cópia integral do auto de prisão em flagrante. O art. 289, §4º, do referido diploma, giza que “O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública”.

Somada à ausência de comunicação da prisão à Defensoria Pública ou ao Advogado, tem-se o descaso por parte de alguns magistrados ao não realizem, deliberadamente, audiências de custódia de presos decorrentes de mandado judicial. Com isso, nem a defesa (principalmente a Defensoria Pública) terá elementos para rastrear o preso e exercer controle sobre a fundamentação ensejadora da segregação (com a possibilidade de manejo das vias impugnativas), contribuindo para os esquecimento desse preso e, conseqüentemente, a superlotação carcerária. Paralelamente, restam prejudicadas ou bastante esvaídas com a não realização das audiências de custódia de presos por mandado judicial as denúncias de abuso policial.

Outro óbice ao sucesso e à consolidação das audiências de custódia é a exigência de laudo pericial positivo para lesão corporal como condição de deflagração de providências para o fim de apurar a prática de tortura e maus tratos, conforme determina o art. 11 e seu §1º, da Resolução nº 213/2015, do CNJ, e a não adoção de providências à imediata interrupção das práticas de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, para a garantia da saúde e segurança da pessoa custodiada e para subsidiar futura apuração de responsabilidade dos agentes:

Art. 11. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado.

§ 1º Com o objetivo de assegurar o efetivo combate à tortura e maus tratos, a autoridade jurídica e funcionários deverão observar o Protocolo II desta Resolução com vistas a garantir condições adequadas para a oitiva e coleta idônea de depoimento das pessoas presas em flagrante delito na audiência de custódia, a adoção de procedimentos durante o depoimento que permitam a apuração de indícios de práticas de tortura e de providências cabíveis em caso de identificação de práticas de tortura.

Vê-se que, claramente, a referida resolução atribui à autoridade judicial, maior e melhor garantidor dos direitos humanos, o poder-dever de adotar as providências necessárias à investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima – podendo, inclusive, conforme §4º, do art. 11, da resolução telada, de ofício, impor alguma medida de proteção à pessoa presa em flagrante delito, em razão da comunicação ou denúncia da prática

31 SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; e, ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 241.



de tortura e maus tratos³² – sem prejuízo, obviamente, de que essas providências sejam antecipadas pelo Ministério Público ou pela defesa.

Entretanto, o que é inadmissível a um magistrado é assistir resignadamente, a uma denúncia de violência policial, diante de possível inércia do MP ou exposição do defensor e do próprio preso a retaliações, e quedar-se inativo, despindo-se de sua função de genuíno guardião das liberdades individuais. Quanto mais

Prova disso é o teor do subitem VIII, do Item 6, do Protocolo II, da resolução, ao listar algumas possíveis medidas para a imediata interrupção das práticas de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, para a garantia da saúde e segurança da pessoa custodiada e para subsidiar futura apuração de responsabilidade dos agentes, a determinação de, à míngua de qualquer condicionamento, “Enviar cópia do depoimento e demais documentos pertinentes para órgãos responsáveis pela apuração de responsabilidades, especialmente Ministério Público e Corregedoria e/ou Ouvidoria do órgão a que o agente responsável pela prática de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes esteja vinculado”.

Inferre-se que não há condicionantes para que a autoridade judicial adote essas providências ante a denúncia de violência policial feita pelo preso durante a audiência de custódia que preside. Em copérnica e indecorosa deturpação à teleologia das audiências de custódia, criando-se obstáculo à apuração dessa violência onde não existe, vem se exigindo, até mesmo por parte de alguns membros do Ministério Público, a exigência de laudo pericial em que constatadas lesões corporais físicas na vítima para o fim de se deflagrar medidas persecutórias, na seara administrativa ou criminal.

Matéria polêmica, ao redor do qual circundam diversas discussões, consiste na realização de audiências de custódia por videoconferência. Respeitadas vozes favoráveis à sua realização, compassadas pelos argumentos de que a tecnologia está a serviço da justiça e deve ser explorada sempre que possível, bem como que o sistema de transmissão simultânea de áudio e vídeo beneficia o Estado ao conferir celeridade, praticidade, eficiência, segurança, redução de gastos com escolta dentre outros benefícios extraídos do método, entende-se que, pois mais imponentes que sejam essas escusas permissivas à realização das audiências de custódia por videoconferência, todas elas cedem espaço à irrefutável necessidade de humanização do processo penal³³.

Quem atua na área criminal e já participou de atos processuais realizados por videoconferência sabe quão impessoal e, via de consequência, não espontânea é o entrosamento entre os interlocutores. Incompreensível é a aceitação que vem se naturalizando entre os operadores do direito quanto à prática das audiências de custódia por videoconferência, mesmo frente à insubstituível necessidade de contato físico entre preso e juiz e ao risco de automatização e

³² Cita-se o artigo 13, da Convenção contra a tortura e outro tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes: “Cada Estado Parte assegurará que qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura em qualquer território sob a sua jurisdição tenha o direito de apresentar queixa e de ter o seu caso rápida e imparcialmente examinado pelas autoridades competentes do dito Estado. Serão adotadas providências no sentido de assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra qualquer maus-tratos ou intimidações resultantes de queixa ou depoimento prestados”.

³³ Em seu Parecer nº 926/2016, referente ao Projeto de Lei nº 554/2011, a Senadora Simone Tebet (PSDB/MS) posicionou-se favoravelmente à inclusão da possibilidade de realização de audiência de custódia por videoconferência, em situações peculiares, por se tratar de medida extraordinária, a saber, a excepcionalidade, decisão fundamentada do juiz competente e impossibilidade de apresentação pessoal do preso. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4452577&disposition=inline> > Acesso em 13.05.2017.



burocratização destas em franco arrefecimento aos propósitos insculpidos na Resolução nº 213/2015, do CNJ, que não prevê – conscientemente, não se tratando de um “ato falho”, portanto – a realização de audiências de custódia por sistema de transmissão simultânea de som e imagem.

Isso porque, além de incentivar o distanciamento entre juiz e preso, eventuais vestígios físicos ou indícios de violência policial poderão não ser percebidos pelo magistrado através da câmera, além de tornar tortuosa a captação de sinais que demonstrem as reações do preso, além de o juiz não tomar ciência de todo o ambiente físico adjacente, não tendo garantias de que a escuta estará sob o domínio de agentes que acompanham a gravação, prontos a (re) iniciarem as agressões, intensificando-se após a denúncia.

A despeito de alguns Tribunais alardearem quão tecnológicos e comprometidos com as exigências de economia, mesmo que em detrimento de um vulnerável juridicamente considerado, o Tribunal Regional Federal da 3ª região (que abrange os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul) relaxou a prisão de dois indivíduos, entre outros fundamentos, em razão de a audiência de custódia ter sido realizada através de videoconferência. Em seu voto, o desembargador federal Paulo Fontes destacou que “não existe previsão de realização da audiência de custódia por videoconferência na resolução que regulamentou o instituto. Além disso, a utilização deste mecanismo acabaria por desvirtuar o sentido do ato, pois o contato pessoal mostra-se necessário para a apuração de eventuais ilegalidades, como tortura e maus-tratos, no momento da prisão”.³⁴

No entanto, o art. 2º, parágrafo único, do Provimento nº 352/2015, do TJ/MS, dispõe que, “em situações excepcionalmente justificadas, poderá o juiz realizar a audiência por meio do sistema de videoconferência, devendo, nestes casos, a oitiva do preso ou do apreendido ser colhida no fórum judicial da comarca de sua custódia, certificando o servidor do cartório as pessoas presentes. (Alterado pelo Provimento n. 360, de 1º.3.2016 – DJMS, de 3.3.2016.)”.³⁵

Ao que tudo indica, as audiências de custódia realizadas por videoconferência naquele Estado não estão se submetendo à cláusula da excepcionalidade, pois vêm ocorrendo rotineiramente, à revelia da Resolução nº 213/2015, do CNJ, e na contramão do ativismo legislativo que vem trabalhando a temática a nível parlamentar e em contradição ao próprio Provimento nº 352/2015, daquele tribunal, que prevê a realização destas “em situações excepcionalmente justificadas”, frisa-se. Ora, justificar a efetivação de audiências de custódia através de transmissão de som e imagem em tempo real sob o pretexto de que “A videoconferência de custódia evitou gastos com deslocamento e escolta, além de ter proporcionado celeridade na prestação jurisdicional e mais segurança ao magistrado”³⁶, não consubstanciam excepcionalidade alguma, mas tônus inerente ao deslocamento ordinário de presos e ao dever inarredável do Estado de arcar com os custos e ônus decorrentes da segregação de um indivíduo.

Sob outro vértice, a prática vem evidenciando a dificuldade em se impugnar as negativas judiciais a pleitos de adoção de providências necessárias à imediata interrupção das práticas de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, para a garantia da saúde e segurança da pessoa custodiada e para subsidiar futura apuração de

34 BRASIL. Tribunal Federal da Terceira Região. *Relator concede liberdade a presos por irregularidades na audiência de custódia*. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/341025>>. Acesso em 08.04.2017.

35 BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. *Provimento 352/2015*. Disponível em https://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?atual=1&lei=30331. Acesso em 13.05.2017.

36 SIMA, Alice. *Juiz de Dourados aproveita recursos do Saj e realiza audiência de custódia por videoconferência*. Disponível em <<http://www.sajdigital.com.br/tribunal-de-justica/audiencia-de-custodia-videoconferencia-saj>>. Acesso em 08.04.2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

responsabilidade dos agentes por parte de alguns magistrados – tal como previsto na Resolução nº 213/2015, do CNJ –, seja por ausência de hipóteses de cabimento de remédios processuais específicos destinados a atacar tais negativas, seja pela ausência de previsão de nulidade como reprimenda à inobervância à normativa pertinente.

Nem mesmo a Resolução nº 213, do CNJ, e muito menos o Código de Processo Penal (até porque ainda não regulamentou a matéria) preveem medidas conferidas à defesa ou ao Ministério Público para impugnar decisões que violem a escassa normatização interna de cunho meramente administrativo, remanescendo a possibilidade de manejo de *habeas corpus* ou mandado de segurança – neste último caso, se a decisão não resvalar o direito à liberdade do indivíduo –, ou até mesmo de correição parcial em conformidade com a disciplina pertinente adotada pelo regimento interno do respectivo tribunal a que o magistrado está subordinado ou, na hipótese de anomia, sob o rito do agravo de instrumento.

Diante da não realização da audiência de custódia, dispõe o irresignado a possibilidade de apresentar reclamação constitucional ao STF, por descumprimento ao decidido pela Suprema Corte na ADPF-MC nº 347, em que reconhecendo o estado de coisas inconstitucional, determinou que os juízes e tribunais realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo.³⁷

Contudo, a Ministra Rosa Weber, negou seguimento à Reclamação Constitucional nº 24.757/RJ, em que debatida a ausência de realização de audiência de custódia, por entender que a medida não é cabível “quando calcada na transcendência dos motivos determinantes das decisões tomadas no exercício do controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos”.

Prescinde-se da futurologia para se deduzir que, não tardiamente, em típica atitude de jurisprudência defensiva, tende-se a não admitir a reclamação constitucional dirigida ao STF para o fim de assegurar a realização das audiências de custódia perante juízos omissos.

Sob outro vértice, os Tribunais país afora vêm decidindo que nem mesmo a não realização de audiência de custódia ou a sua realização a destempo não maculam a decisão que convola posteriormente a prisão em flagrante em preventiva. Citam-se os seguintes julgados:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO RECORRENTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal 2. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de não reconhecer a nulidade da prisão apenas em razão da ausência da audiência de custódia, se não demonstrada inobservância aos direitos e garantias constitucionais do acusado, como no caso em análise.

³⁷ Vide Rcl 24752 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 10/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 13/10/2016 PUBLIC 14/10/2016; Rcl 24536, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 30/06/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 01/07/2016 PUBLIC 01/08/2016; Rcl 26055 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 21/12/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-017 DIVULG 31/01/2017 PUBLIC 01/02/2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

3. No caso em análise, a prisão em flagrante do recorrente ocorreu na data de 15/2/2015, antes, portanto, dos prazos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça para a obrigatoriedade das audiências de custódia em todo território nacional.

4. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.

(RHC 64.900/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO TENTADO. DANO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, o entendimento desta Sexta Turma é de que a falta da audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva, superada que foi a prisão em flagrante, devendo ser este novo título de prisão aquele a merecer o exame da legalidade e necessidade.

2. Apresentada fundamentação idônea para a decretação da prisão preventiva, consistente no modus operandi do delito, pois o autor dos fatos, na posse de um facão, desferiu golpes contra os policiais, não conseguindo atingi-los. Em seguida, perseguiu o policial Sérgio José Morete com o intuito de esfaqueá-lo, momento em que o atuado atingiu, por duas vezes, a viatura policial com o facão, danificando-a, não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus. 3. Habeas corpus denegado. (HC 382.166/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

PENAL. ROUBO. PRISÃO PREVENTIVA. FUMUS COMISSI DELICTI. CABIMENTO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NÃO REALIZAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DO ATO PROCESSUAL NÃO RECONHECIDA. NOVO JUSTO TÍTULO CONSTRITIVO. - NÃO DEVE SER CONCEDIDA A ORDEM NO WRIT IMPETRADO PARA APONTAR A INDISPENSABILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. FASE DE TRANSIÇÃO. REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA QUE A DISPENSA, A DEPENDER DO CASO. INEXISTÊNCIA DE VULNERAÇÃO A GARANTIAS FUNDAMENTAIS. ARTIGO 306 DO CPP. FUMUS COMISSI DELICTI. ORDEM DENEGADA. Ante a materialidade e os sobejos indícios de autoria, cabível a constrição cautelar do paciente, suprida pela convolação do flagrante em prisão preventiva, mesmo ante a inoccorrência de audiência de custódia, ainda em fase de implementação. Deve ser denegada a ordem de habeas corpus, inexistindo manifesto constrangimento ilegal contra o paciente, reincidente. Contra ele paira o fumus comissi delicti, ante a materialidade e os sobejos indícios de autoria, tismados pela mácula do flagrante próprio. Artigo 302, inciso I, do CPP. Na atual fase de implementação das audiências de custódia, a não realização da audiência de referido ato processual, dispensável a depender do caso nos termos da regulamentação específica, não vulneraria direitos fundamentais do paciente, vez que se cumpriu a regra do artigo 306 do CPP. Ordem denegada. (TJ-SP - HC: 20690659220168260000 SP 2069065-92.2016.8.26.0000, Relator: Alcides Malossi Junior, Data de Julgamento: 02/06/2016, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 07/06/2016)

A despeito do vanguardismo do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto à matéria, no final de 2016, a corte vedou a realização de audiências de custódia no “plantão especial (recesso de final de ano) e nos plantões ordinários (finais de semana e feriados), cuja implantação será gradativa, conforme art. 10, da Resolução nº 740/2016”³⁸. Ainda que

38 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Diário de Justiça Eletrônico, ano X, Edição 2261, Caderno 1, de 16/12/2016. Disponível em < http://



juízes se disponham a realizá-las nesse no período declinado, as audiências de custódia frustrar-se-ão diante dessa vedação, fragilizando, assim, esse direito humano fundamental e seus propósitos³⁹.

Não se mostra exagero concluir que a realização de audiência de custódia ganhará caráter sugestivo, porquanto não se verificam reprimendas de ordem processual destinadas ao combate de eventual ausência de sua prática através da nulidade dos atos decisórios atrelados a essa omissão, sobretudo sob a perspectiva da jurisprudência defensiva que, cedo ou tarde, será adotada pelo STF em se tratando de irrisignações via reclamação constitucional, e a tendência dos tribunais (incluindo-se o STJ) de inadmitir ilegalidade de prisões cautelares decretadas nesse cenário.

4. Conclusão

As breves linhas desenvolvidas objetivaram jogar luzes a um debate flamejante que circunda as audiências de custódia no que concerne à sua necessidade, finalidades e desafios diários que impedem sua regular engrenagem e consolidação, sob a ótica empírico-experimental. Foi visto que a audiência de custódia vem alinhar o ordenamento jurídico brasileiro com a normativa internacional de direitos humanos, evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias e inibir e reprimir a odiosa prática de violência policial, na maioria das vezes cometida contra grupos sociais vulneráveis. Abordou-se como posturas adotadas por alguns operadores do direito testemunhadas na prática transmudam-se em verdadeiros entraves à efetivação e evolução das audiências de custódia em solo canarinho.

Com efeito, obstáculos à consolidação e à regular engrenagem das audiências de custódia são experimentados cotidianamente. Infere-se que os números alardeados de solturas decorrentes do ato são meros sofismas, pois não refletem a prática adotada, seja porque a cláusula de contenção argumentativa inibe qualquer manifestação do preso destinada a persuadir o juiz sobre a desnecessidade/inadequação da prisão provisória durante a audiência de custódia, seja porque a autoridade judicial já se convencera da necessidade/adequação da segregação cautelar logo no ato de recebimento do auto de prisão em flagrante ao adentrar o mérito em sede de cognição sumária, tornando inócua e vazia qualquer balbúcia do preso em sentido oposto durante a referida audiência.

Posturas tendentes à desenvoltura e ao aprimoramento das audiências de custódias devem ser instigadas e adotadas – mormente com o incentivo à mudança de convicções retrógradas, que advogam que as audiências de custódia vieram para tumultuar o cotidiano do juiz, com desprezo inconsequente às finalidades da medida –, e não desestimulá-las ou

www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao740-2016.pdf> Acesso em 14.04.2017.

39 Em contraponto, remete-se o leitor às contundentes críticas de Guilherme de Souza Nucci a respeito das audiências de custódia, resumidas em seu Manual de processo penal e execução penal. Para o insigne doutrinador, “Por trás dessa questão, no entanto, sabe-se haver a velha política criminal para ‘dar um jeito’ na superlotação dos presídios, sem que o Executivo tenha que gastar um único centavo para abrir mais vagas. E surgiu a audiência de custódia, sob a ideia de que, caso o juiz veja o preso à sua frente, ouça as suas razões para ter matado, roubado, estuprado, furtado etc., comova-se e solte-o, em lugar de converter o flagrante em preventiva. Num primeiro momento, pode-se considerar a audiência de custódia um sucesso, pois ‘estatísticas’ mostram que, assim fazendo, os juízes soltaram 40% (pelo menos) mais presos do que habitualmente faziam. Depois de quase 30 anos de magistratura, pergunto-me: que milagre seria esse? Das duas, uma: a) o juiz, antes da custódia, prevaricava, pois nem lia o auto de prisão em flagrante (ou o lia de má-vontade) e já convertia a prisão em preventiva; b) o juiz, escolhido a dedo, por meio de designações da Presidência do Tribunal, segue para as audiências de custódia quase instigado a soltar o máximo que for possível (ao menos na Capital do Estado de São Paulo). Há uma terceira, na qual realmente não posso crer: o juiz, vendo o preso entrar em sua sala, com seus chinelos ‘de dedo’, camiseta e calça simples, comove-se e o solta, mesmo sendo um homicida ou um estuproador. Esse foi outro argumento apresentado por defensores da audiência de custódia. Depois tacham o Tribunal do Júri de circo...Uma injustiça sem tamanho (...)” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 561) (grifos no original).



menoscabá-las, a ponto de esvai-las gradualmente em nome de uma retórica que atende aos auspícios de celeridade, economia, eficiência e pragmatismo, voltada a um processo penal a cada dia mais agranelado e desumanizado.

5. Referências Bibliográficas

BRASIL. Ministério da Justiça. *Audiências de Custódia e Prevenção à Tortura: Análise das Práticas Institucionais e Recomendações de Aprimoramento*. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1-correto.pdf>>. Acesso em 13.05.2017.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 926/2016 referente ao Projeto de Lei nº 554/2011 de relatoria da Senadora Simone Tebet*. Disponível em < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4452577&disposition=inline>> Acesso em 13.05.2017.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 554/2011*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=07/09/2011&paginaDireta=36707>>. Acesso em 03.04.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343/SP*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jrl6wzx>>. Acesso em 02.05.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. *Provimento 352/2015*. Disponível em https://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?atual=1&lei=30331> Acesso em 13.05.2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Diário de Justiça Eletrônico, ano X, Edição 2261, Caderno 1, de 16/12/2016*. Disponível em < <http://www.tjsp.jus.br/Download/Pdf/Comesp/Resolucoes/Resolucao740-2016.pdf>> Acesso em 14.04.2017.

BRASIL. Tribunal Federal da Terceira Região. *Relator concede liberdade a presos por irregularidades na audiência de custódia*. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/341025>>. Acesso em 08.04.2017.

BRASILEIRO, Renato de Lima. *Manual de Processo Penal*. Volume único. 2ª ed. Salvador:Juspodivm, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 04.01.2016.

GENEBRA. Nações Unidas. Alto Comissariado das Nações Unidas Para os Direitos Humanos. *Protocolo de Istambul*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf>. Acesso em 08.04.2017.

JUNIOR, Aury Lopes; e, PAIVA, Caio. *Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em 04.12.2015.

 SUMÁRIO

 EXPEDIENTE

 APRESENTAÇÃO

 ENTREVISTAS

01 02 03

 ARTIGOS

01 02 03 04 05
06 07

 CONTO

LEWANDOWSKI, Ricardo. *Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios; entenda*. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html>> Acesso em 12.01.2016.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Aumento da população carcerária de SP desacelera com audiências de custódia*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80672-aumento-da-populacao-carceraria-de-sp-desacelera-apos-audiencias-de-custodia>> Acesso em 12.01.2016.

MONTENEGRO, Manuel. *CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 02.05.2017.

MORAES, Ricardo. *Relatório Mundial 2016: Brasil. Eventos de 2015*. Disponível em <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573#5d8cdf>>. Acesso em 03.04.17.

NEW YORK. Inter-American Court of Human Rights. *Case of Acosta Calderón v. Ecuador*. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/acosta_07_02_08_ing.pdf>. Acesso em 26.03.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade – As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Prisão e Liberdade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. *Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>> Acesso em 03.04.2017.

REINO UNIDO. Anistia Internacional. *Informe 2016/17. O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Disponível em <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/02/AIR2017_ONLINE-v.3.pdf>. Acesso 03.04.17, p. 84.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; e, ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMA, Alice. *Juiz de Dourados aproveita recursos do Saj e realiza audiência de custódia por videoconferência*. Disponível em <<http://www.sajdigital.com.br/tribunal-de-justica/audiencia-de-custodia-videoconferencia-saj>>. Acesso em 08.04.2017

STRECK, Lênio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 04.01.2016.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

PERSPECTIVA JAKOBSIANA DO DIREITO PENAL E DA PENA: SERÃO POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES PARA A CONTENÇÃO DA TUTELA PENAL?

Jéssica Thais de Lima

Formada em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, em 2016. Membro participante do Grupo de Estudos Avançados sobre Escolas Penais, em 2015.

Resumo: Nem sempre é uma tarefa fácil e simples a abordagem de Jakobs em espaços destinados ao debate de Direito Penal. Não raro, o professor da Universidade de Bonn é tomado apenas da perspectiva de sua teoria do direito do penal inimigo, o que ofusca que toda sua construção teórica de fases anteriores seja discutida, ou quando é sempre há uma mistificação de que Jakobs construiu uma teoria conservadora, destinada a legitimar Estados totalitários e sociedades do terror em detrimento da liberdade de seus sujeitos. A tentativa de trazer uma abordagem diferente, que ousa encontrar pontos na teoria Jakobsiana, mais precisamente em sua segunda fase, e os concilia com um debate a respeito da contenção da expansão da tutela penal é o que consiste o principal objetivo do presente artigo. Para isso, será de profunda importância identificar a função do Direito Penal e a finalidade da Pena na perspectiva funcionalista sistêmica de Jakobs.

Palavras-chave: Günther Jakobs, função do Direito Penal, Finalidade da Pena, Funcionalismo Sistêmico e Expansão do Direito Penal.

Abstract: It is a challenge to debate Jakobs in the context of Criminal Law. Usually, the professor from the University of Bonn is exclusively seen under the perspective of his theory about the Criminal Law of the Enemy. This approach minimizes the discussion about his previous theoretical construction and, when there is a discussion, it is about the misconception that Jakobs built a theory that intends to legitimate totalitarian states and societies of terror to the detriment of the individual freedom. The main goal of this article is to build a novel approach, daring to find points in the second phase of Jakobsian theory and conciliate them with a debate about the containment of the expansion of the criminal protection. For this purpose, it will be relevant to identify the roles of the Criminal Law and of the Penalty in the systemic functionalist perspective of Jakobs.

Keywords: Günther Jakobs; function of Criminal Law; Purpose of the Penalty; Systemic Functionalism and Expansion of Criminal Law.

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve panorama do desenvolvimento teórico de Jakobs; 3. Função do Direito Penal e finalidade da pena em Sociedade, Norma e Pessoa; 4. Desmistificação do Direito Penal em Jakobs e sua contribuição para o pensar da contenção do Direito Penal; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Abordar Jakobs em espaços, principalmente acadêmicos, destinados a discussão de Direito Penal é sempre tarefa, no mínimo, polêmica. Em que pese à repercussão de sua teoria do Direito Penal Inimigo, que aqui não pretendemos



entrar no mérito, Jakobs é quase sempre alvo de certo preconceito ideológico que ignora partes de sua produção teórica, o que pode comprometer um debate sério e que em muito poderia engrandecer o pensar do Direito Penal.

Uma das relevâncias do penalista de Bonn consiste na sua consciência a respeito das limitações e funções bem definidas do Direito Penal e da finalidade da pena, impostas por uma racionalidade que deveria ser inerente ao pensar do Direito Penal. É essa racionalidade por sua vez que pode conduzir a uma contenção da expansão penal.

A fim de identificar esses limites e funções defendidas por Jakobs, o presente artigo restringir-se-á a obra *Sociedade Pessoa e Norma* do autor, que como veremos adiante, pode ser situada didaticamente em sua segunda fase. Após a análise de seu pensamento, passar-se-á ao debate de como essa construção teórica pode inibir a expansão desenfreada do Direito Penal.

Com isso, o presente artigo demonstrará que é possível obter outras perspectivas da densidade teórica de Günther Jakobs como, por exemplo, influências no desenvolvimento do debate sobre contenção da expansão da tutela penal, superando visões superficiais a respeito do professor de Bonn.

2. BREVE PANORAMA DO DESENVOLVIMENTO TEÓRICO DE JAKOBS.

Por acreditar que uma melhor compreensão de Jakobs na perspectiva abordada pelo presente artigo, cujo objetivo é ressaltar pontos da construção teórica de Jakobs que colaborem com a contenção da tutela penal, entende-se que seria importante a sistematização da teoria de Jakobs em fases, ressaltando-se que é um recurso não reconhecido pela maioria da comunidade científica e acadêmica, e que aqui será orientado pelo trabalho desenvolvido por César Mortari Barreira em consonância com os debates ocorridos nas aulas de Política Criminal e Cidadania ministradas pelo Professor Doutor Fernando Andrade Fernandes no programa de Mestrado da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp- Campus Franca em 2015.

Desse modo, ao optar por esse recurso de sistematização em fases, ter-se-á uma maior nitidez sobre em que momento situa-se a obra *Sociedade, Norma e Pessoas*, sem para isso ignorar a ponderação de que “o desenvolvimento das reflexões deste autor nos impede de afirmar que sua teoria segue uma linha retilínea”¹

A primeira fase, que vai do início de sua obra em 1976 até os anos 90, é marcada pela proximidade de Jakobs com Welzel, o que vem a influenciar aspectos da prevenção geral positiva. Insta ressaltar que aqui a pena para Jakobs é nada mais do que um mecanismo de influência moral e psicológica no cidadão. Ao passo de que para Welzel a pena gerava uma pressão psicológica para que o indivíduo não cometesse crimes, para Jakobs a pena apenas reafirmava a fidelidade ao direito, sem qualquer pretensão de intimidação.

No que tange a segunda fase de Jakobs, têm-se duas obras marcantes *Tratado de Direito Penal* (1983) e *Sociedade, Norma e Pessoa* (1995), esta última que nos interessará. Assim, a finalidade da pena para Jakobs passa a ser a preservação da norma e orientação para contatos sociais. É patente a ideia de comunicação, pois “a pena cumpre sua função independentemente dos efeitos de psicologia social, sendo o delito considerado como falha de comunicação”

¹ BARREIRA, César Mortari. Pensar o direito penal a partir de Gunther Jakobs: possibilidades de inovação, disponibilizado em <<http://revistasapereade.org/SharedFiles/Download.aspx?pageid=149&mid=194&fileid=192>>; acessado dia 02 de Janeiro de 2016.



². Deste modo, o delito seria uma contradição da norma, sendo a pena uma afirmação da norma, estando aqui evidente o aspecto racional da teoria jakobsiana.

Por fim, a terceira fase, considerada a partir de 2003, é marcada pelo incremento de elementos cognitivos para se referir ao direito penal do inimigo, o que não é compatível com a imputação penal. Há uma tentativa de justificação da dor penal, do por que é necessária uma dor por meio da pena e a relevância de se atuar antes do fato e além da pena.³

Feitas as breves considerações a respeito das fases delineadas acima, é possível entender melhor a importância de *Sociedade, Norma e Pessoa*, fonte dos pontos trabalhados a seguir e que mostrarão necessárias contribuições de Jakobs para a discussão sobre a contenção do Direito Penal.

Convém pincelar que Günther Jakobs é o grande protagonista do funcionalismo sistêmico, cuja base filosófica é amparada em Hegel. Sucintamente, o funcionalismo sistêmico está alinhado aos critérios valorativos do direito penal, sendo seu grande mérito a identificação da verdadeira pedra angular da dogmática penal, que não é nem a conduta nem os bens jurídicos, mas sim a norma.⁴

Ademais sobre a influência de Luhmann na construção teórica de Jakobs, há pensadores, como Eduardo Saad Diniz, que a negam, defendendo que somente há Filosofia do Direito de Hegel na teoria Jakobsiana. No presente artigo, seguiremos a opinião do Professor Doutor Fernando Andrade Fernandes, para quem os pressupostos teóricos e metodológicos de Jakobs possuem influência luhmanianna.

3. FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E FINALIDADE DA PENA EM SOCIEDADE, NORMA E PESSOA.

Apesar das poucas páginas, o livro *Sociedade, Norma e Pessoa* é de uma vultosa complexidade. Contudo, o que convém a presente explanação são recortes que visam trabalhar uma interpretação de Jakobs, sem adentrar nos meandros dos profundos e variados conceitos que são remodelados e esclarecidos pelo autor na presente obra. Dito de outro modo, interessará a relação que estabelece Jakobs entre a sociedade, a norma e a pessoa, da qual será extraída a função do Direito Penal e a finalidade da pena, mas cabe frisar que a obra do professor de Bonn explora os conceitos de dolo, culpabilidade, imputação objetiva e comunicação pessoal e instrumental, os quais mereceriam outra oportunidade para serem abordados, tendo em vista que são complexos e requerem estudos mais especializados. Assim sendo, o presente tópico é inteiramente baseada na obra acima referenciada, da qual são extraídas as presentes explicações.

Partindo de uma perspectiva funcionalista sistêmica, Jakobs definirá como função do Direito Penal a garantia de uma identidade normativa da qual decorre a garantia da configuração de sociedade. A implicação dessa definição tornará o Direito Penal indissociável da sociedade.

² Ibid.

³ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. (Doutorado). Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 171

⁴ Definição defendida pelo Prof. Fernando Andrade Fernandes durante os debates das aulas de Política Criminal e Cidadania, no programa de Mestrado da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, Campus Franca, em 2015.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



Nesse aspecto, importará fazer uma análise do Direito Penal a partir de uma compreensão comunicativa, estabelecendo uma relação racional entre norma e pena, pois de outro modo ao enxergar somente a pena no Direito Penal, será interpretá-la como um mal em si mesma, isto é, Direito Penal não consiste só em pena.

A observação do Direito Penal a partir da relação racional e comunicativa entre norma e pena permite que se delineiem elementos penais, sempre norteados pela perspectiva funcional. Sendo assim, quando uma conduta nega a vigência da norma, ou seja, a contradita, a pena tem a responsabilidade de negar essa conduta para afirmar novamente a norma, para comunicar que aquela conduta não é preponderante naquela sociedade. Disso decorre que essa relação racional entre norma e pena é o que busca manter a identidade social.⁵

Estabelecida a relação entre Direito Penal e sociedade, depreende-se que a norma, por sua vez, é o que assegura as regras de configuração de sociedade, levando-se em conta que “a sociedade é a construção de um contexto de comunicação que em todo caso poderia estar configurado de modo diverso de como está configurado no caso concreto (de outro modo, não se trataria de uma construção).”⁶

No entanto, é preciso ponderar que para que essas normas constituam a sociedade e assegure sua identidade elas precisam ser estabilizadas, pois não constituem leis naturais, são “normas feitas”⁷. As normas derivadas das leis naturais se mantêm por si só, mas as normas feitas são as que precisam se garantir. Desse modo, as normas jurídico-penais são sancionadas por meio de uma pena, que as garantem. E a pena afirmando a norma, garante também a configuração de sociedade.⁸

Convém destacar que a norma garante a identidade social em razão da complexidade da sociedade exigir que as expectativas sociais sejam asseguradas.⁹ Demonstra-se com isso que é impossível que uma configuração de sociedade complexa se mantenha sem que para isso exista um Direito Penal.¹⁰

5 Na obra *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, Jakobs estabelece mais claramente a relação entre norma e finalidade da pena nas seguintes palavras: “A pena deve ser entendida como marginalização do ato seu significado lesivo, como constatação de que a estabilidade normativa permanece inalterada, a pena é a confirmação da identidade da sociedade, isto é, da estabilidade normativa que com a pena se alcança- desde que se pretenda-, pois esta é sempre a finalidade da pena.” p.51

6 JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes; Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 10

7 Ibid, p. 12

8 E ainda: “A sanção contradiz o projeto do infrator da norma: este afirma a não-vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante” Ibid, p. 13

9 A esse respeito, André Pedrolli Serretti explica de forma mais completa a questão das expectativas: “Nesse universo complexo e contingente, a estabilização das ações humanas se dá na forma de criação de estruturas de assimilação da realidade exterior, denominadas expectativas. O homem pauta a sua conduta através da expectativa que tem do resultado ser atingido por esta. Com o convívio social tem a oportunidade de captar expectativas alheias e determinar sua conduta, para a obtenção dos resultados desejados, a partir de conduta alheias, criando expectativas sobre expectativas” SERRETTI, André Pedrolli. *Crise do pacto social: contribuições do funcionalismo penal sistêmico às funções estatais*. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 15, p. 532-549., jul./dez. 2010. p. 536

10 Com isso, a importância do Direito Penal vai muito além do que lhe é imputado, sendo que cumpre a função de manter os sujeitos reunidos em sociedade a partir de normas que são estabilizadas pela pena. JAKOBS, Gunther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes; Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p.4



No que tange as questões postas sobre a de que o sujeito livre seria suprimido nessa análise funcional e que a nebulosidade que paira sobre a estabilização das normas não esclarece se estas são normas destinadas à liberdade ou normas que causam terror, Jakobs, prosseguindo com sua coerente construção teórica, consegue responder com o que se segue.

A referência à sociedade não pode ser feita sem levar em conta que esta só existe a partir de sujeitos livres, e estes só são tomados assim a partir da noção de sociedade. Dito de outro modo, para o funcionalismo jurídico-penal não há sociedade sem sujeitos livres, são conceitos indissociáveis. Por isso quando se fala em sociedade, já está englobado o sujeito livre.¹¹

Em sendo assim, a contraposição da liberdade do sujeito com o coletivismo é errônea, pois uma sociedade em funcionamento é o que possibilita condições empíricas de subjetividade.¹²

Ademais, Jakobs justifica a utilização de sociedade, que se frisa já contém o sujeito livre, pois o Direito Penal ampara-se numa compreensão objetiva que quando se referir ao sujeito se dirigirá a ele como pessoa, uma vez que abre mão das subjetividades e elementos psíquicos que o sujeito possui, pela impossibilidade de compreender tais conceitos.

Tem-se, pois, que “a subjetividade não é só um pressuposto, mas também uma consequência da socialidade. Sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade e vice-versa”¹³. Nesse ínterim, equivocada se mostra a afirmação de que o Direito Penal funcional despreza o sujeito, pois tal medida, qual seja a abstração desse sujeito, é tomada para possibilitar que se oculte a realidade deste em favor de uma visão objetiva do Direito.

Retomando a função do Direito Penal para rebater a questão sobre a que serviria a estabilização da norma, ou seja, se esta norma é voltada para promover liberdades ou terror, Jakobs é categórico ao afirmar que o Direito Penal funcionalista não está fadado a um modelo social determinado. Posto isso, a organização de uma sociedade funcional não implica em saber nada sobre a configuração concreta desta, apenas indica que há uma configuração de sociedade, não importando sobre de qual modo se orienta.¹⁴

Desse modo, o Direito Penal nunca vai se referir a uma “sociedade desejável”¹⁵, se restringindo a garantir a sociedade que o gerou como sistema jurídico. Há sociedades, por exemplo, as escravagistas que não consideravam todos os sujeitos como pessoas, sendo a seu turno, o direito correspondente a essas sociedades um ordenamento que excluía escravos de qualquer tutela.¹⁶

¹¹ Ibid, p.14-15

¹² Jakobs ainda completa: “sem uma sociedade em funcionamento não há mais do que uma acumulação casual de indivíduos humanos que ao carecer de algo comum de caráter vinculante não conhecem o mundo objetivo e por isso não podem transpassar o âmbito de suas respectivas percepções individuais”. Ibid, p. 16

¹³ JAKOBS, Gunther. Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes; Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p.19

¹⁴ Jakobs exemplifica “Há sociedades liberais organizadas de modo funcional, enquanto as sociedades coletivas organizadas de modo disfuncional desaparecem, como nos ensina a história mais recente”. Ibid, p.19

¹⁵ Ibid, p.23

¹⁶ Aqui interessante notar que Jakobs reconhece alguns problemas sociais, os quais esclarecem não serem questões a serem resolvidas dentro do Direito Penal, como fica claro no excerto: “Quem -sem que isso lhe seja imputável- não tem possibilidade alguma de adquirir suficientes



Depreende-se então que a proteção de normas não dá ensejo automaticamente a um Direito Penal do terror e, muito menos interfere em cifras criminais, pois essas não são funções precípua do Direito Penal.

Considerando que a identidade social só pode ser garantida a partir da existência do Direito Penal e rechaçando a visão de que sua função seria a proteção de bens jurídicos, mas sim de tratamento de infrações do direito (norma), Jakobs se lança a análise e explicação dos delitos de perigo abstrato que darão suporte a sua teoria. Para tanto, é preciso partir da noção de que uma sociedade complexa nunca se contentou com normas que visassem apenas proteger bens-jurídicos de lesões, pois sempre houve a necessidade de que determinados comportamentos fossem tidos como perigosos o que orientou que passassem de meras infrações para um delito criminal, ou seja, um ataque contra a identidade social.¹⁷

No que toca o aspecto de pessoa, parte-se da impossibilidade de se apreender a subjetividade dos partícipes de uma sociedade (como por exemplo, as questões da intenção do agente) e levando-se em conta que essa subjetividade só se dará por meio de manifestações, que correspondem a “objetivações que devem ser interpretadas no contexto das demais manifestações concorrentes”¹⁸ é que para a coerência de uma interpretação da conduta penal, Jakobs aduzirá sempre a pessoa¹⁹ e não a sujeito.

Em sendo assim, a consideração da complexidade social que resulta na sua pluralidade e massificação de contatos anônimos²⁰ é o que leva o funcionalismo jurídico-penal de Jakobs a defender a fixação objetiva de um comportamento no momento de se delimitar uma infração. Disso decorre que “deve desenvolver-se um padrão conforme ao qual pode mostrar-se o significado vinculante de qualquer comportamento. E se quiser que esse padrão crie ordem, este não pode assumir o caos da massa de peculiaridades subjetivas, ao contrário, deve orientar-se sobre a base de *standarts*, funções, estruturas objetivas”²¹.

4. DESMISTIFICAÇÃO DO DIREITO PENAL DE JAKOBS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O PENSAR DA CONTENÇÃO DO DIREITO PENAL.

Enquanto muitas críticas dirigidas ao Direito Penal focam suas colocações apenas na pena, ou seja, consequência jurídica penal, avaliando para isto aspectos que tangenciam consequências criminológicas e sociais, a perspectiva do funcionalismo jurídico penal vai além e enxerga o Direito Penal pelo próprio Direito Penal.

meios de subsistência, dificilmente poderá respeitar como pessoa aquele que defende sua opulência, ao contrário, começará uma luta por seu reconhecimento”. Ibid, p. 23.

17 JAKOBS, Gunther. Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes; Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 25.

18 Ibid, p. 31

19 “Ser pessoa significa representar um papel. Pessoa é a máscara, vale dizer, precisamente não é a expressão da subjetividade de seu portador, ao contrário é a representação de uma competência socialmente compreensível.” Ibid, p.30

20 “ (...) todas as possíveis interações entre uma pessoa em sociedade ou todas as possíveis relações sociais travadas no ambiente em que a lei exerce sua imperatividade” (nota do tradutor). Ibid, p. 31

21 Ibid, p. 33



Dito de outra forma, a crítica de Jakobs é de que a pena não pode ser observada de modo isolado, pois assim ela não é mais do que um mal, é imperativo para compreender o Direito Penal e suas funções, quais sejam, prestações que mantêm um sistema o que se segue:

Apenas sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma se pode encontrar uma relação iniludível entre ambas e, nesse sentido, uma relação racional (...) ²²

Partindo do pressuposto de que a resposta para a expansão do direito penal encontra-se dentro do próprio direito penal, uma crítica que venha a considerar apenas a pena e seus efeitos não alcançará os mesmos resultados que a observação do Direito Penal como um sistema que leva em conta a norma e a pena em seu aspecto comunicativo e funcional.

Quando se entende que o Direito Penal está fadado a garantir a identidade social, ou seja, a norma está intimamente ligada à identidade social e a pena, por sua vez, é a manutenção dessa identidade social, conclui-se que “a sociedade mantém normas e se nega a conceber-se de outro modo” ²³

Em sendo assim, para garantir a configuração de sociedade, o Direito Penal para Jakobs entende o fato punível como uma comunicação, uma expressão de sentido. A afirmação dessa conduta por parte do autor quebra uma expectativa normativa e passa, por um momento, a integrar a conduta determinante daquela sociedade. A pena nesse aspecto contraria essa afirmação de que aquela conduta ser determinante para dizer que a conduta defraudatória não integra aquela configuração social. ²⁴

Salienta-se, por oportuno, que com esse pensamento Jakobs foge das explicações de aplicação da pena ao tomar consciência de que a pena não tem a finalidade de regenerar ou ressocializar o indivíduo, apenas de manter a própria norma e, assim, a própria sociedade. Também são errôneas as críticas feitas ao autor sob o argumento de que ele defenderia um Estado autoritário ou totalitário, pois o pensamento do professor de Bonn pode ser encarado como acrítico na medida em que não é conservador no sentido de estabilizar um padrão de sociedade, democrática, desigual ou marginalizadora, visa defender o Direito Penal apenas como um assegurador da configuração de sociedade, e não dessa determinada sociedade.

Disso, decorre que o Direito Penal é inerente a existência de uma sociedade complexa, a sua supressão, nesse sentido seria inviável. Mas se hoje críticas são levantadas com relação a sua atuação, seus efeitos cruéis e degradantes, a resposta pode estar dentro de seu sistema jurídico penal, que é passível de reformas mas sempre tendo em vista qual são seus limites funcionais. ²⁵

²² JAKOBS, Gunther. Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional; tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes; Barueri, São Paulo: Manole, 2003. p. 4

²³ Ibid, p.4

²⁴ JAKOBS, Günther e STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Jakobs, Günther - El sistema de imputación jurídico penal, Buenos Aires: Editora Hammurabi S.R.L, 1998, p.33

²⁵ Limites que aqui defendemos como a consciência da função do Direito Penal como garantidor da identidade social.



Neste sentido, a perspectiva funcionalista sistêmica do Direito Penal como garantidor da identidade social não permite que lhes seja atribuído funções que não são suas como a prevenção ou extinção de crimes, cerne da demanda pela expansão penal assistida atualmente²⁶. Para melhor compreensão, tem-se o exemplo da corrupção. Acredita-se que ao punir, aplicando-se mais pena e criando-se mais leis penais, conseguirá se acabar com a corrupção, ou pelo menos diminuí-la.

Ora, a norma ao vedar atos de corrupção, não visa promover um extermínio da corrupção e transformar a sociedade em incorruptível, ela apenas comunica que a conduta corruptiva será penalizada para que afirme que ela não deve ser praticada naquela sociedade e isso não implica que ela se extinguirá. Mas se o que se quer é diminuir – lá, não é pelo Direito Penal que essa transformação se dará. Dito de outra forma não é o Direito Penal que deve forçar uma sociedade sem corrupção.

Eis aqui a mais forte influência do pensamento Jakobsiano para se conter a expansão penal, qual seja, a consciência da verdadeira função do Direito Penal e finalidade da pena.

Ademais, no que tange a responsabilização do Direito Penal pela marginalização e seletividade de determinadas classes em favor da manutenção de poder de outras²⁷, a explicação reside, para Jakobs, na função do Direito Penal em garantir a identidade social. Dito de outro modo, a sociedade já seleciona, marginaliza e exclui essas classes e populações e o Direito Penal como é um sistema jurídico penal originado a partir desse determinado sistema social age para manter a sociedade com essa configuração, qual seja a de agravar as desigualdades sociais punindo tais classes.

Nesse diapasão, uma sociedade que fosse mais igualitária e mais respeitadora dos direitos das populações vulneráveis, não teria um Direito Penal selecionador, porque nessa situação o Direito Penal desempenharia a função de manter essa identidade social.

Ainda, sobre a crítica de que o funcionalismo pode ser instrumentalizado para diminuir garantias fundamentais, oprimir populações vulneráveis, manter o poder na mão de uma parcela privilegiada, se tornar arbitrário, entre outras, é fundamental levar em conta que a depender da configuração da sociedade não vai importar se o Direito Penal assume uma perspectiva funcionalista, garantista ou minimalista, pois a sociedade que gerar esse sistema jurídico se manterá da mesma maneira. Só uma mudança em como se organiza aquela sociedade é que surtirá efeitos em como o Direito Penal se manifesta, haja vista a sua função de manter a identidade social.

26 A esse respeito, Leonardo Leal Peret Antunes: "(...) sendo que a obsessão social pela pena leva uma expansão muitas vezes exacerbada da tutela penal, visto como o único mecanismo de intervenção apto a diminuir os riscos". ANTUNES, Leonardo Leal Peret. A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna, Tribunal Virtual, ano 01, Edição nº03, Abril de 2013, ISSN, nº 2317-1898, p.70.

27 Quanto a essa questão, Maurício Dieter em referência à Juarez Cirino dos Santos discorre: "Desta forma, a verdadeira função (da pena) resume-se a reproduzir as relações sociais de dominação de classe, o que ocorre três modos: pela retribuição (determinada pelo tempo de contingência do indivíduo), pela prevenção especial (disciplinando o condenado na ideologia oficial) e pela prevenção geral (pela preservação da ordem social fundada na relação capital – trabalho)." DIETER, Maurício Stegemann. Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs, disponibilizado em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=525>; acessado em 10 / 01 / 2016.



No entanto, as definições da função do Direito Penal e finalidade da pena explanadas no decorrer deste artigo, com base na perspectiva funcionalista sistêmica de Jakobs, não impedem que ocorram reformas dentro do sistema jurídico-penal, apenas delimita que esse sistema é impossibilitado de promover transformações sociais.

A possibilidade de reforma do sistema jurídico-penal “só acontece quando ela é produzida pelo próprio sistema penal a partir de suas operações”²⁸. Têm-se, portanto, que qualquer mudança que se intente no Direito Penal só se dará de dentro do Direito Penal. Significa que a crítica que é feita do Direito Penal a partir do seu sistema e estruturas é que poderá ensejar mudanças em sua atuação, mas nunca mudanças que alterem a configuração social.

Desse modo, se o objetivo é promover reformas dentro do Direito Penal que impliquem mais ou menos expansão de sua atuação, a resposta está em conhecer os elementos internos que estruturam seu sistema e repensá-los a partir dessa perspectiva. A vilanização e imputação de funções e finalidades equivocadas do Direito Penal e da pena são insuficientes para promover alterações dentro dele e, muito menos, transformações sociais. Dessa forma, não quer dizer que se devam desprezar as contribuições de estudos e pesquisas sociais e criminológicas que estudam os efeitos degradantes e seletivo da atuação penal, mas a intenção é que se direcione essas constatações para mudanças sociais a partir do sistema social, para que daí o Direito Penal possa garantir essa nova identidade social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O recorte teórico que embasou o presente artigo possibilitou que se elencassem pontos aptos a desmistificar a figura de Jakobs e trazê-lo para o debate de Direito Penal em outras perspectivas, que não a comum crítica ao professor da Universidade Bonn apenas pela sua teoria do direito penal do inimigo, mostrando que ele não se resume a essa teoria.

Não obstante, uma leitura mais profunda de sua obra evidencia questões que podem ajudar a balizar discussões concernentes à expansão do Direito Penal, uma vez que se tem assistido a uma irracional reivindicação do aumento de tutela penal como se fosse esse ramo do direito capaz de solucionar problemas sociais.

Fora mostrado, portanto, a importância do Direito Penal, independente de como ele se apresenta na presente configuração social, possibilitando que haja uma maior compreensão de sua verdadeira função explicitada por Jakobs e ensejando, por sua vez, que se pense o Direito Penal a partir da perspectiva do próprio Direito Penal, pois a resposta de sua expansão ou contenção estará dentro de seu próprio sistema.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Leonardo Leal Peret. *A expansão do direito penal na era da globalização e a criminalidade moderna*, Tribunal Virtual, ano 01, Edição nº03, Abril de 2013, ISSN nº 2317-1898.

BARREIRA, César Mortari. *Pensar o direito penal a partir de Gunther Jakobs: possibilidade de inovação*; disponibilizado em < <http://revistasapereade.org/SharedFiles/Download.aspx?pageid=149&mid=194&fileid=192>>; acessado dia 02 de Janeiro de 2016.

²⁸ XAVIER, José Roberto. *Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das idéias penais*; Direito e Práxis Revista, Rio de Janeiro, Vol. 06, N.12, p.438-463. p.439



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



COSTA, Izabella Artur. *Do conceito jurídico-penal de ação para o funcionalismo sistêmico*; disponibilizado em <<http://www.ibccrim.org.br>>, acessado dia 10 de Janeiro de 2016.

DIETER, Maurício Stegemann. Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs; disponibilizado em: <http://WWW.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=525>; acessado em 10 / 01 / 2016.

JAKOBS, Günther. *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*; tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes; Barueri, SP: Manole, 2003. (Estudos de direito penal; v.1).

_____. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*; tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes; Barueri, SP: Manole, 2003. (Estudos de direito penal; v.6).

JAKOBS, Günther e STRUENSEE, Eberhard. *Problemas capitales del derecho penal moderno*; Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1998.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Do delito à imputação: a teoria da imputação de Günther Jakobs na dogmática penal contemporânea*. Tese (doutorado). Departamento de Filosofia e Teoria do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

SERRETTI, André Pedrolli. *Crise do pacto social: contribuições do funcionalismo penal sistêmico às funções estatais*. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 15, p. 532-549., jul./dez. 2010.

XAVIER, José Roberto. *Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das idéias penais*; Direito e Práxis Revista, Rio de Janeiro, Vol. 06, N.12, p.438-463.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

SELETIVIDADE CRIMINAL E DIREITO PENAL ECONÔMICO: DA ESCOLA CONTRATUALISTA À CRÍTICA

João Matheus Vilela Marcondes Rossi

Pós-graduando em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Bacharelado pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Advogado.

Resumo: O objetivo deste trabalho é traçar uma linha temporal desde a escola Contratualista até a Escola Crítica e os escritos de Sutherland, bem como analisar a origem, desenvolvimento e consolidação da seletividade criminal no nosso sistema punitivo. Para tanto, a fim de que a seletividade criminal seja abordada pelo viés crítico e respeitando-se o materialismo histórico, serão estudados os principais pensadores de cada escola e inseridas anotações de criminólogos e penalistas modernos. Por fim, serão analisadas algumas pesquisas, com o fim de se oferecer, também, um vislumbre concreto da seletividade criminal no contexto dos delitos econômicos.

Palavras-chave: Escola Crítica; Seletividade Criminal; Sutherland; Direito Penal Econômico.

Abstract: The aim of this work it is to draw a timeline from the Social contract school to the Critical School and the Sutherland's writings, as well analyse the origin, develop and the setting of the criminal selectivity in our punitive system. Therefore, in order to the criminal selectivity be approached through the critical bias and respecting the historical materialism, it will study the principal thinkers of each school and inserted notes from modern criminologists and criminal legal doctrinators. Lastly, it will be analysed some researches with the aim to also offer a concrete glimpse of criminal selectivity in the context of economic crimes.

Key-words: Critical School; Criminal selectivity; Sutherland; Economic criminal law.

Sumário: Introdução. 1. Da escola Contratualista à escola Crítica. 2. A seletividade Criminal. 3. Direito Penal Econômico e a Seletividade Criminal. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

A seletividade criminal é um dos temas discutidos e pesquisados pela Criminologia, mas negado pelo Direito Penal, devido ao viés dogmático-jurídico do último. O presente artigo pretende, através de uma abordagem conceitual, analítica, visão crítica e calcada no materialismo histórico, visitar várias Escolas – da Contratualista até a Crítica – e analisar as prováveis relações entre as Escolas e a Seletividade Criminal e a influência no Direito Penal Econômico atual.

Diz-se que o Direito Penal não se preocupa com a questão da Seletividade do Poder Punitivo enquanto a Criminologia sim, por uma questão de delimitação de campo. Na primeira Ciência é permitido trabalhar apenas com o as normas, enquanto a segunda possui uma liberdade maior.

Se a criminologia interessa saber como é a realidade, para explicá-la e compreender o problema criminal, bem como transformá-la, ao direito penal só lhe preocupa o crime enquanto fato descrito na norma legal, para descobrir sua adequação típica.



O direito penal tem natureza formal e normativa. Ele isola um fragmento parcial da realidade, com critérios axiológicos, e a intervenção estatal tem por imperativo o princípio da legalidade. A criminologia reclama do investigador uma análise totalizadora do delito, sem mediações formais ou valorativas que relativizem ou obstaculizem seu diagnóstico¹.

No início deste trabalho serão apresentadas as Escolas Contratualista², Positivista, Interacionista, Crítica e seus pensadores mais influentes, sendo feita uma análise da presença ou não de vislumbres da seletividade criminal.

No desenvolvimento, será abordada a definição de seletividade criminal de acordo com os ensinamentos da Escola Crítica, Interacionista e outras obras modernas, sendo abordadas as agências criminalizantes e a criminalização primária e secundária.

Ao final do trabalho, com a explicação de “White collar crimes” e Direito Penal econômico, será revista, através de pesquisas desenvolvidas em tipos penais específicos, a relação desse Direito Penal com a Seletividade criminal.

As escolas penais cristalizam importantes movimentos para o avanço das Ciências penais – Criminologia e Direito Penal – e retratam com exatidão não só os ideais científicos-criminais da época, bem como traduzem o momento histórico. Por exemplo, a Escola contratualista, eivada de ideais libertários, nasce após a Revolução Francesa, a escola Positivista, com ideais classistas, nasce no advento da Revolução industrial e a Escola Crítica nasce após a consolidação do capitalismo e das obras de Marx e Engels. Não só o estudo das escolas é importante para a criminologia, mas também é a contextualização dos fatos históricos e dos sistemas culturais sociais.

1. Da escola Contratualista à escola Crítica

Durante toda a história, os indivíduos sempre se utilizaram de aparatos penais, precários ou sofisticados, para regular as relações interpessoais. No entanto, apenas após o advento do Iluminismo no Século XVIII, com a queda das Monarquias e a ascensão da burguesia ao monopólio do controle Estatal, que observou-se uma sistematização e racionalidade do Direito Penal.

O século XVIII marca um momento de grandes mudanças na história, cujas consequências se fazem sentir até a atualidade. O desenvolvimento econômico da burguesia possibilitou a elaboração e a imposição de novos valores, suplantando os postulados do *Ancient Régime*, e engendrando na estrutura social, política e econômica, ideias liberais.³

Os primeiros pensadores dedicados ao estudo e sistematização do Direito Penal dessa época ficaram conhecidos por seguirem ideias não tão homogêneas, mas sempre sustentadas pelo liberalismo e contratualismo. Essas divergências

1 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 38/39.

2 Adotou-se o termo utilizado por Zaffaroni que junta a Escola Pré-Clássica e Clássica em uma só.

3 DAMASIO, Robson Lins. As oposições entre a escola Clássica e a escola Positivista criminológica do Direito penal. In: BRITO, Alexis de Couto; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Coord.). Caderno de Ciências Penais – Reflexões sobre as Escolas e os movimentos Políticos-criminais. São Paulo: Editora Plêiade, 2012, p. 15-44, p.16.



fizeram com que fossem tratados por diferentes catalogações como Escola Pré-classica, Clássica ou Contratualistas. Dentre os autores destacam-se: Feuerbach, Marat⁴, Beccaria⁵, Romagnosi⁶, Carmignani e Carrara⁷.

Com as transformações ocorridas pela Revolução Industrial (Século XVIII - XIX) e a ascensão do capitalismo na Europa, uma nova escola surge, a Escola Positivista, tendo como expoentes Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

Lombroso, com sua antropologia criminal, procurou trazer o perfil do homem criminoso através de pesquisas empíricas. O delinquente possuía “caracteres somáticos e biológicos [...] como a relação peso-altura, a capacidade craniana ou detalhes externos: visão estrábica, orelhas grande, lábios leporinos, etc”⁸, mas não fixou-se em um fatalismo biológico, aceitando, também, a influência, ainda que reduzida, de fatores sociais⁹.

Já Enrico Ferri trouxe uma visão permeada de fatores objetivos físicos (raça, idade, sexo, clima, temperatura etc) e sociais (educação, família, religião etc), formando indivíduos socialmente perigosos que deviam ser afastados da sociedade como forma de proteção social.¹⁰

Rafael Garofalo, para alguns criador do termo Criminologia, fundamentou seu pensamento em um etnocentrismo cultural exacerbado, considerando a cultura europeia superiora às demais e referindo-se em suas obras com desprezo às “tribos degeneradas” que se apartavam da moral dos povos superiores. Nesta linha, os delinquentes eram “seres inferiores e degenerados”.¹¹

Nessa a metodologia, o objeto de amostragem era a população vulnerável, “indivíduos caídos na engrenagem da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário, indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal”¹², sendo que nesta época a população carcerária era composta por indivíduos que não compunham a nobreza ou a classe dominante industrial, ou seja, os pobres. Todos os que não eram da burguesia eram maus, feios e delinquentes.

As classes que não haviam sido incorporadas pelo sistema de produção industrial porque a acumulação do capital era insuficiente eram “classes perigosas”, especialmente quando surgiam pessoas capazes de desempenhar algo como a Comuna de Paris. Essa gente “má” necessariamente deveria ser “feia”, porque o “mau” e o “feio” quase sempre se

4 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1 - Parte Geral, 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011, p. 238-239.

5 Idem, p. 239-240;

6 Idem, p. 243;

7 Idem, p. 243-244.

8 ALMEIDA, Fernanda Afonso de. Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 120.

9 CASTIGLIONE, Teodolindo. Lombroso perante a criminologia contemporânea. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 16

10 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1 - Parte Geral, 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011, p. 263-264.

11 Idem, p. 266.

12 BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal, 3ª edição, Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio De Janeiro: Revan, 2002, p. 40.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

identificaram [...]. Os “feios” foram sempre “suspeitos”, porque sempre se buscou no corpo a marca visível da alma e sobre essa base foi desenvolvida um saber às vezes oficial, outras semioficial e outras não oficial, conforme convinha ao poder [...]. Tudo o que agredia a burguesia era “mau” e todo o “mau” era “feio”, por “primitivo” e “selvagem”. Tanto o pobre que agredia quanto o colonizado que se revoltava eram selvagens, ambos sob a alcunha do primitivismo. O inimigo é “feio” porque é “primitivo” ou “selvagem”: essa foi a mensagem. [...] Os cientistas não fizeram mais do que recolher todos os elementos trazidos pela arte no desenho do “feio”, trazendo junto à imagem dos inimigos perigosos da burguesia em um linguajar “científico”.¹³

A Escola positivista construiu a ideia segregadora de um criminoso caricaturado. Desenhou uma inferioridade física e moral do delinquente e contribuiu para a construção da desigualdade em uma sociedade que se proclamava igualitária e liberal. Enquanto de um lado havia acumulação de riqueza pela burguesia, do outro havia a miséria dos excluídos.

Interessante notar que durante este período vislumbres de uma seletividade criminal com o escopo de manutenção da ordem recém-capitalista já era notado:

O certo é que, à medida que se foi operando a acumulação de capital, o capitalismo incipiente foi tomando o poder, destituindo a nobreza ou convertendo-se em um poder efetivo do qual ela dependia, vendo-se obrigada a com ele transacionar frequentemente. Aos capitalistas já não se fazia necessário enfrentar o poder da nobreza, mas agora sua posição se achava em perigo em razão do poder dos setores mais carentes, aos quais ainda não podia incorporar totalmente à sua forma de produção industrial e que continuavam concentrados nas cidades. Necessitava conter essas massas carentes e, ao mesmo tempo, discipliná-las para o trabalho na fábrica para poder incorporá-las com muitas horas de trabalho e salário minguado (que era o que permitia aos capitalistas seguir acumulando capital produtivo). As classes populares dos países centrais se tornariam perigosas para o capitalismo incipiente em pleno processo de acumulação, e o controle social devia orientar-se preferentemente para elas.¹⁴

Pode se dizer, então, que não apenas a metodologia influenciou para essa segregação, mas também a negação da realidade (a realidade do Direito Penal e da reação social) e a aceitação cega do crime como dado ontológico pré-constituído¹⁵.

Após o Positivismo Penal e nascimento da Ciência da Criminologia, surgiu a Escola de criminologia Interacionista, que serviu como embrião para a Criminologia Radical ou Crítica¹⁶. Ambas se fundamentam, cada qual com suas nuances, em uma oposição frontal à Criminologia Tradicional de origem Positivista. Fizeram parte deste movimento nomes como Tony Platt, Goffman, Quinney, Taylor, Walton, Young e Stanley Cohen.¹⁷

13 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología: Aproximación desde um márgen – Vol 1. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988, p. 158-159.

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1 – Parte Geral, 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011, p. 249.

15 BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal, 3ª edição, Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio De Janeiro: Revan, 2002, p. 40

16 ANIYAR DE CASTRO, Lola. Criminologia da reação social. Tradução Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 97.

17 Idem, p. 96-97.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



A Escola Crítica tem seu movimento consolidado em 1970 nos Estados Unidos e Inglaterra, irradiando para países europeus¹⁸. Caracteriza-se por uma contraposição de inspiração marxista¹⁹ à criminologia tradicional e uma mudança de objeto e do método de estudo.

A herança marxista é notada na mudança de método e objeto, pelo posicionamento de pensadores que se manifestavam expressamente nesse sentido como Richard Quinney²⁰ e Steven Spitzer²¹ e, principalmente, pela obra-origem do movimento, “Punição e Estrutura Social”, de George Rusche e Otto Kirchheimer, de forte influência marxista.

Em referida obra debatia-se as superestruturas e a forma de produção, a inter-relação entre mecanismos punitivos e a produção e venda de mercadorias, bem como o nexos entre prisão e capitalismo mercantil. O relançamento da obra em 1967 foi referência tanto para os autores da escola Interacionista quanto da Crítica.²²

Apesar da importância da obra de 1967, o marco doutrinário da Teoria Crítica foi o lançamento de “A Nova Criminologia”, em 1973, por Taylor, Walton e Young. Uma obra com desenvolvimento explícito nas teorias Marxistas, se autoproclamando Criminologia Crítica.²³

A mudança do objeto transparecia a herança radical, notando-se, desde já, a existência de uma seletividade criminal pelo sistema:

o *objeto* de estudo é deslocado do criminoso e da criminalidade, como dados ontológicos preexistentes, para o processo de criminalização de sujeitos e de fatos, como realidades construídas pelo sistema de controle social, capaz de mostrar o crime como qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, que **constitui a criminalidade por processos seletivos fundados em estereótipos**, preconceitos, idiosincrasias e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia em favelas etc.²⁴ (Destaque nosso).

18 ALMEIDA, Fernanda Afonso de. Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 103.

19 Embora existam aqueles que discordam, afirmando que se baseia apenas em uma crítica de fundamento no estudo do poder das elites e não em uma disputa de classes, sem tanger propriamente o marxismo. Ver: HINCH, Ronald. Marxist Criminology in the 1970's: Clarifying the clutter. In Overview: Crisis in Theory and Social Policy. Crime and Social Justice Journal n. 19 (1983), ISSN 1043-1578, São Francisco: Social Justice, 1983, p. 65-74.

20 QUINNEY, Richard. Critique of legal order: Crime control in capitalist Society – Law and Society Series. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, introduction to the Transaction Edition, p. x.; e CULLEN, Francis T.; WILCOX, Pamela (Editores). Encyclopedia of Criminological Theory – Volume Two. Califórnia: SAGE Publications, 2010. p. 691.

21 CULLEN, Francis T.; WILCOX, Pamela (Editores). Encyclopedia of Criminological Theory – Volume Two. Califórnia: SAGE Publications, 2010, p. 873.

22 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 322/232.

23 TIERNEY, John. Criminology: Theory and Context, Second Edition. Harlow: Pearson Longman, 2006, p. 183

24 CIRINO DOS SANTOS. Direito Penal: Parte Geral, 3ª edição. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008, p. 712.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

O método utilizado era o mesmo de Marx, o materialismo histórico. Trata-se de um método que não nega a natureza social de qualquer conceito, que aceita a contextualização histórica e a avalia cada período pelo seu modo de produção.²⁵

Imperioso constar que Marx e Engels não abordaram diretamente criminologia de maneira científica e sistemática em suas obras, tratando a questão criminal apenas como parte de uma preocupação maior com a economia política da lei e direito²⁶. No entanto são nestas obras que se encontram os fundamentos teóricos e metodológicos essenciais para a Criminologia Crítica.

Marx defendia que a nossa história é uma história de luta de classes, dividida na era moderna em burguesia e proletariado. Tais classes são conflituosas e possuem objetivos opostos, aquela visa preservar o poder em suas mãos²⁷ e a última pretende a revolução²⁸. A atual estrutura social, organizada através das instituições, deve-se a um desenvolvimento histórico dos modos de produção, onde os que detêm propriedade controlam a sociedade²⁹ e o proletariado é inserido como força de trabalho explorado³⁰.

Essa lógica capitalista é perceptível pela Criminologia ao analisar a superestrutura criminal. O capitalismo institui uma superestrutura que segrega, mantendo privilégios à classe dominante e excluindo direitos da classe explorada, assim “crime [torna-se] um conceito político designado para a proteção dos poderosos e classes dominantes em detrimento dos pobres”³¹. Nesse sentido AKERS é preciso ao condensar as ideias de QUINNEY e TAYLOR, afirmando que o crime praticado pelos explorados é uma inevitável resposta às condições materiais do capitalismo (“crimes de acomodação” ou “crimes de resistência”) onde o indivíduo reproduz o sistema capitalista de aquisição expropriando a propriedade alheia ou praticando outros crimes como forma de acomodação e de reprodução de sua condição de explorado.³²

2. A Seletividade Criminal

Desde a escola contratualista, nota-se um embrião de seletividade criminal institucionalizada, intensificado durante a Escola Positivista e atingindo um patamar generalizado após o Capitalismo. Seletividade essa denunciada pelas escolas Interacionista e Crítica de Criminologia.

No entanto, o último passo escolar dado na exposição da seletividade criminal e impossibilidade de se negar sua existência foi de Sutherland, que, em palestra ocorrida no 34º encontro anual da “American Sociology Society” em

25 TAYLOR, Ian; WALTON; YOUNG, Jock. La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1997, p. 231.

26 TIERNEY, John. Criminology: Theory and Context, Second Edition. Harlow: Pearson Longman, 2006, p. 186.

27 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. São Paulo: Penguin/Companhia das Letras, 2012, p. 46.

28 Idem, p. 73.

29 Idem, p. 50.

30 Idem, p. 95, Nota 1.

31 SIEGEL, Larry J. Criminology: Theory, Patterns and Typologies. California: Wadsworth, Cengage Learning, 2010, p. 250.

32 AKERS, Ronald L. Criminological Theories: Introduction and Evaluation. Nova York: Routledge Taylor & Francis Group, 2012, p. 169.



1939³³ e na obra “White Collar Crime” de 1949, deixou claro que a criminalidade traspasa toda a escala social e que tanto ricos como pobres cometem delitos³⁴. A diferença residia em quem o sistema selecionava para punir.

O poder punitivo seleciona poucas pessoas e coroa a si mesmo, projetando-se como neutralizador da maldade social.³⁵ Ele cria – alguns crentes em sua benevolência diriam que ele identifica – o próprio mal que pune. “Assim enfeitado, canaliza as pulsões de vingança, o que lhe proporciona uma formidável eficácia política [que] se mantém inalterada ao longo da história do poder punitivo estatal e mesmo pré-estatal”³⁶.

Apesar de ser uma cultura destrutiva, demonizar o outro e criar inimigos sempre esteve presente história da humanidade. Por isso, de tempos em tempos, a sociedade cria e extingue inimigos: “Se a inquisição romana contra as bruxas decaiu e foi substituída por sua nova orientação contra os reformados foi porque a corporação jesuíta substituiu os dominicanos”³⁷.

Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizaram ou formalizaram o poder (Estados) selecionaram um reduzido grupo de pessoas, que são coagidas com o fim de uma pena. Esta seleção penalizante é a chamada criminalização e não ocorre por acaso, mas sim como resultado da gestão de um conjunto de agências que compõem o chamado sistema penal.³⁸

Assim o poder punitivo utiliza de agências penais ou corporações para manter a criminalização operante e repete o mesmo ato pela história com diferentes protagonistas. Uma agência moral “hegemoniza o discurso punitivo e poder massacrador, até que outra agência o dispute, começando por negar o risco e a periculosidade do inimigo construído pela anterior, mas para construir outro, como o verdadeiro ou novo perigo gerador de outra emergência”³⁹.

Essas agências, instituições ou corporações, integrantes do aparelho político Estatal, nada mais são que instâncias de controle social formal exercidos por diversos setores, como a “Polícia, Justiça, Exército, Ministério Público, Administração Penal [ou] de todos os consectários de tais agências, como controle legal, penal etc.”⁴⁰

Em algumas obras de Sutherland dos anos 30 e durante as escolas interacionista e crítica surge o “enfoque da reação social”⁴¹. O enfoque explicita a situação da seletividade criminal, onde a seletividade é fruto da ação de grupos poderosos, classe social dominante, que usam as “instituições penais como arma para combater e neutralizar

33 FLORES, Marcelo Marcante. Crimes de Colarinho branco e a formação do Direito Penal secundário: os desafios da política criminal contemporânea. In IBCCRIM, Revista Tribuna Virtual, ano 01, Edição nº 05, Junho de 2013, ISSN nº 2317-1898, p. 25.

34 ZAFFARONI, Eugenio Raul. A questão criminal. Tradução por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, p. 102.

35 Idem, p. 213.

36 Ibidem.

37 Idem, p. 213/214.

38 ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002, p. 7.

39 ZAFFARONI, Eugenio Raul. A questão criminal. Tradução por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, p. 213.

40 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 56.

41 BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal, 3ª edição, Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio De Janeiro: Revan, 2002, p. 127.



comportamentos de grupos contrários”⁴², através de influência direta na formação da lei (criminalização primária) e de aplicação da lei criminal (criminalização secundária).

Importante apontar que os criminólogos adeptos da reação social não enxergavam com clareza a existência de uma criminalização secundária, que surgiu em tom crítico à própria escola crítica anos depois, mas que se insere neste trabalho a fim de que seja compreendida a extensão da seletividade penalizante.

Há entre as duas espécies de criminalização (primária e secundária) relação de complementação. A primária sozinha não possui o condão de eficácia plena. Os atos normativos possuem sempre certo nível de abstração e por isso necessitam da aplicação da lei e persecução de seus fins, ou seja, da criminalização secundária.

Nessa relação há consequências. A norma criminal (criminalização primária) prevê um programa muito amplo para ser perseguido e as agências secundárias por sua vez possuem uma capacidade muito pequena frente à imensidade da exigência programática, restando às agências secundárias apenas a escolha de ou nada fazer ou atuar seletivamente. Como a primeira situação acarreta em seu fim, procede da segunda forma.⁴³ Assim, as agências de criminalização secundária não tem outra escolha se não recorrer a uma seletividade em sua atuação.

Ainda assim a seleção de uma categoria específica não surge do critério exclusivo das agências, mas sim de um condicionamento a várias circunstâncias conjunturais (mídia, política, poder etc)⁴⁴ e, principalmente, do sistema cultural sobre qual se estabelece, o capitalista.

Na agência secundária há também a influência da questão burocrática, que força uma consecução superficial de metas. A criminalização, nesse aspecto, busca por feitos grosseiros, mais fáceis de serem pegos e visando pessoas que causem menos problemas a atuação do poder punitivo, indivíduos que obstruam o mínimo possível a atividade policial ou judiciária.⁴⁵

Como já se pode inferir, em uma sociedade capitalista, que segrega e se divide em classes (privilegiada e negada), naturalmente as agências secundárias possuem uma atuação mais intensa e quase exclusiva sobre a classe de direitos negados, de pouco acesso à educação e escassos meios de defesa administrativa ou judicial.

Essa atuação reiterada sobre a classe explorada cria um estereótipo no imaginário coletivo, como se estas pessoas fossem as únicas delinquentes. Por serem pessoas desvalorizadas no sistema cultural atual é fácil associar a elas todas as cargas negativas que existem, o que recai na produção de uma imagem com componentes classistas, racistas, etários, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério de criminalização secundária.⁴⁶

ZAFFARONI, SLOKAR e ALAGIA condensam, de forma prática, o funcionamento da seletividade em três subespécies divididas de acordo com a frequência de atuação das agências.

42 Idem, p. 129.

43 ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002, p. 8.

44 Ibidem.

45 Idem, p. 9.

46 Ibidem.



(a) O poder punitivo criminaliza selecionando, por regra geral, as pessoas que se enquadram nos estereótipos criminais [...] (criminalização conforme o estereótipo), (b) com menor frequência criminalizam as personas que, sem enquadramento no estereótipo, atuaram com bruteza tão singular ou patológica [...] (criminalização por comportamento grotesco ou trágico), (c) Muito excepcionalmente, criminalizam alguém que, estando em uma posição praticamente imune ao poder punitivo, leva a pior em uma disputa de poder hegemônico [...] (criminalização por retiro de cobertura).⁴⁷

A seletividade criminal volta a máquina estatal para uma perseguição do “mais fraco”. O sistema penal possui um filtro específico para criminalizar, julgar e condenar aqueles que se opõem à classe social dominante. Este sistema, que mais segrega do que integra, por canalizar as pulsões vingativas dos indivíduos, extraindo o pior de suas sombras, se auto sustenta em uma falsa roupagem heroica e extirpadora do mal.

O item “c” da citação retromencionada, “criminalização por retiro de cobertura”, traz uma importante reflexão sobre a seletividade criminal e a relação com os tipos criminais econômicos: Não é porque o sistema penal se dirige quase exclusivamente à população explorada que ignora por completo as outras hipóteses de crimes.

Os crimes praticados por aqueles quase imunes ao sistema, os crimes de “colarinho branco”, são criminalizações secundárias que ocorrem somente em uma situação de “retiro de cobertura” da imunidade do indivíduo, ou seja, ainda sobre o manto da seletividade, pois não alcança a todos, mas tão somente aquele que “leva a pior em uma disputa de poder hegemônico”⁴⁸.

Sobre este fato, KARAM, utilizando das mesmas fontes deste artigo, traz a ideia de que a criminalização secundária, nestes casos, advém em caráter excepcional, como forma de legitimar o sistema penal – o sistema seleciona alguém da classe dominante e ostenta à vista de todos para que acreditem em sua falsa neutralidade e justiça – e apenas em uma situação de confronto hegemônico – choque entre figuras da classe dominante, onde o mais fraco, menos avantajado de acordo com os valores capitalistas, sai derrotado, selecionado e condenado.

[...] a posição política, social e econômica dos autores dos abusos do poder político e econômico lhes dá imunidade à perseguição e à imposição da pena, ou, na melhor das hipóteses, lhes assegura um tratamento privilegiado por parte do sistema penal, a retirada da cobertura de invulnerabilidade dos membros das classes dominantes só se dando em pouquíssimos casos, em que conflitos entre setores hegemônicos permitem o sacrifício de um ou outro responsável por fatos desta natureza, que colida com o poder maior, a que já não sirva. Não percebem que, quando chega a haver alguma punição relacionada com fatos desta natureza, esta acaba recaindo sobre personagens subalternos.⁴⁹

3. Direito Penal econômico e a Seletividade Criminal

Como visto, até mesmo nos crimes praticados pela classe privilegiada há uma seleção que privilegia os mais abastados desta casta, mantendo uma seleção dentro de uma seleção e um sistema (quase) impenetrável.

47 Idem, p. 11.

48 Ibidem.

49 KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda Punitiva. In Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, nº 1, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1996, p. 79-92, p. 81.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

Como já salientado, foi Edwin Sutherland que trouxe o termo crime de “colarinho branco” para a Criminologia em uma obra que denunciou um sistema segregador e classista de origem positivista. Munido de sua extensa pesquisa jurisprudencial e de campo de 70 grandes corporações americanas dentre as 200 maiores⁵⁰, comprovou a disparidade entre a criminalidade real e a aparente. Demonstrou que as estatísticas criminosas, produzidas por institutos de criminalização secundária, faziam um recorte metodológico inadequado, ignorando os delitos de colarinho branco.

O autor tinha como visão não criar uma nova subárea do Direito Penal que estudasse tais crimes – Direito Penal Econômico –, mas sim denunciar e derrubar a associação enganosa de pobreza e delinquência.

O significado do delito de “colarinho branco” é que não está associado à pobreza ou com patologias sociais e pessoais que acompanham a pobreza. Se é possível mostrar que os delitos de “colarinho branco” são frequentes, considera-se inválida a teoria geral que mostra que o delito se deve à pobreza e suas patologias relacionadas.⁵¹

Quando se impõe o estigma do delito como um castigo, se coloca o acusado dentro do estereótipo popular de “o delinquente”. Na sociedade primitiva “o delinquente” era essencialmente o mesmo que “o estranho”, ainda que na sociedade moderna o estereótipo esteja limitado, em grande parte, a classe socioeconômica mais baixa. O 75% das pessoas condenadas as prisões estatais provavelmente não são [...] “delinquentes no sentido usual da palavra” [...]⁵².

A definição deste tipo criminal “desvendado”, pautava-se em um critério subjetivo, onde o crime era categorizado pelos sujeitos potencialmente praticantes. A definição girava em torno de pessoas de grande respeitabilidade, poderosas que, mesmo integrante das altas classes sociais⁵³ e não se enquadrando no estereótipo de delinquente positivista, praticavam delitos relativos à sua atividade empresarial, como violações de patente, marcas, direitos de autor, falsa representação publicitária, restrições comerciais, manipulações financeiras etc⁵⁴.

Na visão do autor, estes delitos eram mais socialmente danosos, uma vez que o desvio e subtração de dinheiro – capital – era excessivamente superior quando comparados aos delitos convencionais e por possuírem uma amplitude maior de vítimas (consumidores, competidores, acionistas, inventores, empregados, o Estado e a população)⁵⁵.

O custo financeiro do delito de “colarinho branco” é provavelmente muito superior ao custo financeiro de todos os delitos que se acostuma considerar como o “problema delitivo”. Um empregado de um supermercado em um ano desfalcou 600.000 dólares, que era igual a seis vezes as perdas anuais causadas por 500 furtos e roubos de lojas neste ramo. [...] O New York Times em 1931 informou sobre quatro casos de desfalque nos Estados Unidos com uma perda de mais de um milhão de dólares cada um e uma porção combinada de mais de 9 milhões de dólares.⁵⁶

50 SUTHERLAND, Edwin H. El delito de cuello blanco. Traducción de Rosa del Olmo. Madrid: La piqueta, 1999, p. 73.

51 Idem, p. 65.

52 Idem, 99/100.

53 Idem, p. 312.

54 Idem, p. 74.

55 Idem, p. 261.

56 Idem, p. 68.



Em uma só fraude relacionada a operações entre empresas financeiras, que ficou conhecida como o “caso dos cheques administrativos”, ocorrida em Agosto de 1976, no Rio de Janeiro, alcançou-se o prejuízo de Cr\$ 197.906.370,00, enquanto se estimou, naquele Estado, em 1977, que dos 17.074 furtos ocorridos, apenas 203 superaram a cifra de Cr\$ 100.000,00. Em 1978, dos 15.880 furtos, apenas 444 excederam esse montante e, em 1979, de 20.886 furtos, 2.457 ultrapassaram esse valor.⁵⁷

Ainda assim, seus escritos sofreram críticas, como a falta de estudo da seletividade dentro da classe dominante e a crítica – de ordem dogmática-normativa – dirigida exatamente para a definição inadequada do delito de colarinho branco, que se prendia a um viés subjetivo e demasiado amplo, quando deveria se ater ao bem jurídico tutelado e não ao agente criminoso⁵⁸.

Quanto a tais defeitos, se devem ao fato de que quando as ideias de Sutherland foram desenvolvidas não havia uma noção tão clara da criminalização secundária, responsável pela seleção no conflito hegemônico da classe alta, e pelo fato de suas obras serem uma criminologia de denúncia – denúncia de que todas as classes cometiam delitos – e não uma criação de uma subárea do direito penal para estudar e classificar tais crimes de acordo com seu objeto ou bem jurídico.

Desde os estudos de Sutherland, os crimes de colarinho branco e a criminalização secundária passaram a ser exponencialmente estudados. A jurista ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO ao analisar o sistema penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, no recorte de 1986 a 1995, em sua tese de doutorado notou que o Banco Central (BACEN) exercia um papel importante na criminalização secundária ao selecionar os casos que eram comunicados ao Ministério Público Federal.

Apesar de fiscalizar e punir administrativamente condutas lesivas ao SFN, o BACEN não realizava as representações com fins criminais na mesma proporção das punições que aplicava, o que levou a autora a apontar esta ausência de comunicação destes fatos ao MPF como fator determinante para o pequeno número de casos relacionados a estes crimes levados a julgamento pelo Poder Judiciário.⁵⁹

Na tese de Doutorado, que serviu de base para o livro “O Controle Penal nos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional” (Belo Horizonte: Del Rey)⁶⁰, a jurista demonstra como o BACEN utiliza de mecanismos (falta de fiscalização ou fiscalização ineficiente, demora ou ausência na comunicação e negociação com o infrator⁶¹) para seleção dos casos que serão processados e penalizados.

57 BATISTA, Nilo. Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil. Revista de Direito Penal e Criminologia, n. 33, p. 78-89, jan./jun. 1982, p. 81. Apud in ALMEIDA, Fernanda Afonso de. Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 128.

58 FLORES, Marcelo Marcante. Crimes de Colarinho branco e a formação do Direito Penal secundário: os desafios da política criminal contemporânea. In IBCCRIM, Revista Tribuna Virtual, ano 01, Edição nº 05, Junho de 2013, ISSN nº 2317-1898, p. 34.

59 BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. Capítulo 9 – Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais, p. 147-175. In: BOTTINO, Thiago (Coord.). Direito Penal e economia. Rio de Janeiro: Elsevier-FGV, 2012, p. 147-148.

60 Idem, p. 147.

61 CASTILHO, Ela Wiecko Volkner de. O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492 de 16.06.86). Dissertação (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 1996, p. 178-197.



É o Banco Central que faz a seleção majoritária dos casos que deverão ser tratados como infrações criminais contra a ordem econômica previstas na Lei n. 7.492/86.

A listagem da Polícia Federal, relativa ao período de 1987 a 1995 aponta o total de 1.089 inquéritos com base nessa Lei. O sistema informatizado poucas vezes esclarece quem deu a notícia da infração. Nesse total estão incluídas as comunicações feitas pelo Banco Central, diretamente à Polícia ou através do Ministério Público Federal, assim como aquelas feitas pela Comissão de Valores Mobiliários, Receita Federal, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, pessoas físicas e jurídicas em geral, além dos casos investigados por decisão própria.

A listagem de comunicações feitas pelo Banco Central, obtida por meio do próprio Banco e confirmada por registros no Ministério Público Federal e na Justiça Federal aponta, no período de 1987 a julho de 1995, o total de 682 casos. Como esses casos, salvo erros no sistema de processamento de dados da Polícia Federal e as hipóteses em que o Ministério Público oferece denúncia independente de inquérito, estão incluídos naquele total, isso significa que 62,90% das infrações processadas como crimes foram selecionadas pelo Banco Central.

Comprovadamente não são reportadas todas as infrações criminais efetivamente ocorridas. Todavia, a percentagem da cifra oculta é dificilmente quantificável.⁶²

Inspirados pela jurista, BOTTINO e OLIVEIRA desenvolveram trabalho similar na análise da seletividade secundária realizada pela Comissão de Valores Imobiliários (CVM), Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário⁶³ no caso dos delitos dos artigos 27-C (manipulação de mercado), 27-D (uso indevido de informação privilegiada) e 27-E (exercício irregular de profissão) da Lei 6.385/1976, acrescidos pela Lei 10.303/2011⁶⁴ e alterados pela Lei 13.506/2017.

... buscou-se mapear as infrações administrativas subjacentes aos crimes previstos nos arts. 27-C, 27-D e 27-E da Lei no 6.385/1976, levantar quantas vezes tais condutas foram identificadas pela CVM, quantas vezes houve punição e, a partir deste último número, descobrir qual percentual de casos teria sido comunicado ao MPF.

Neste ponto, a pesquisa constatou que a CVM encontrou indícios da prática destes crimes em 19 casos, sendo oito deles submetidos a punições (42,1%) e onze objeto de termo de compromisso (57,9%).⁶⁵

As pesquisas apontaram ainda que, apesar da CVM comunicar 83% dos casos ao MPF, apenas 26,7% chegam a se tornar inquéritos policiais com a possibilidade de haver denúncia. Segundo os pesquisadores isso ocorre porque o âmbito penal exige uma apuração dos fatos e provas mais contundentes para a condenação do que o Administrativo (CVM), havendo, portanto, uma predileção pela aplicação de sanções administrativas do que penais.⁶⁶

⁶² Idem, p. 177.

⁶³ BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. Capítulo 9 – Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais, p. 147-175. In: BOTTINO, Thiago (Coord.). Direito Penal e economia. Rio de Janeiro: Elsevier-FGV, 2012, p. 150.

⁶⁴ Idem, p. 149.

⁶⁵ Idem, 171-172.

⁶⁶ Idem, p. 172.



Segundo uma das hipóteses e sugestão levantadas pelos pesquisadores, sanções administrativas são vistas com “efeito dissuasório na formação da *opinio delicti* do MPF, como se este Termo de Compromisso indicasse que os fatos se limitam a uma infração administrativa, sem os contornos típicos do crime”⁶⁷. Neste viés as sanções administrativas atuam de forma seletiva, desencorajando a formação de inquéritos e, conseqüentemente, condenações.

Ademais é importante considerar que somente tornam-se inquéritos aquelas infrações onde há maior robustez de prova da prática ilícita. A dificuldade reside no fato de que provas robustas em tais crimes somente estarão presentes caso o autor agir com descuido ou não se importar em deixar vestígios. Hipóteses difíceis de acreditar, uma vez que as grandes empresas ou empresários estão sempre assessorados pelos melhores advogados da área, atuando incessantemente de forma preventiva ou repressiva a fim de se evitar a persecução criminal ou administrativa dos gestores empresariais.

Claro que nem todos os empreendedores possuem o mesmo nível de qualidade de assessoria jurídica, correndo um risco maior de serem selecionados. Neste aspecto a qualidade do serviço jurídico pode também influenciar na incidência do poder punitivo.

As pesquisas e produções acadêmicas também abordaram a crítica feita a Sutherland, de ordem dogmático-normativa, quanto a definição dos delitos econômicos, propondo o abandono a proposta subjetiva de Sutherland e o traçar de uma definição que girasse em torno do bem jurídico tutelado.

Manter o viés subjetivo traria o risco de repetir a mesma falha da escola positivista, estereotipando um tipo específico de criminoso e criando tipos penais que perseguiriam uma classe social específica, apenas pela sua simples existência. Assumir esse viés seria socialmente contraproducente, pois aumentaria os tipos penais e criminalizaria mais as classes culturalmente imunes, ignorando a busca por equilíbrio e afundando o sistema em uma busca cega de vingança entre classes.

Ademais, nem todos os delitos cometidos pelas classes dominantes inseridas nas atividades empresárias acarretam em um delito econômico, como, por exemplo, furto praticado entre associados, que não se enquadre nos tipos penais econômicos, é um delito comum e não de colarinho branco⁶⁸.

Assim, a doutrina aponta que o mais adequado seria uma definição pelo bem jurídico, sendo compreendido como a ordem econômica de mercado, com tipos criminais delimitados, contra atos que impeçam a livre concorrência desleal e tendo “por função a proteção supraindividual da ordem econômica lato sensu (política econômica stricto sensu, políticas de renda, monetária, fiscal, financeira e cambial).⁶⁹

Assim, os delitos econômicos seriam aqueles “que lesionam a confiança na ordem econômica [...] e, por tanto, põem em perigo a própria existência e as formas de atividade da ordem econômica”. Nesse diapasão o Direito Penal

67 Ibidem.

68 SCHMIDT, Andrei Zenker. A delimitação do Direito Penal econômico a partir do objeto ilícito. In: VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER, Flávia Rahal; DIA NETO, Theodomiro (Coord.). Direito Penal econômico: crimes financeiros e correlatos – Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

69 Idem, p. 35.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



Econômico é dedicado ao estudo de tais delitos “que lesionam ou põem em perigo a atividade reguladora (lato senso) do Estado na economia e as consequências jurídicas que as leis preveem para seus autores”.⁷⁰

A política de denúncia de Sutherland e as sucessivas críticas feitas pelos criminólogos e doutrina penal nos anos seguintes consolidaram uma compreensão da seletividade criminal de forma mais contundente e proporcionaram a existência de um direito penal secundário, o Direito Penal Econômico, uma área voltada a estudar e definir os tipos penais que violassem o ambiente econômico de um Estado – a ciência-dogmática do Direito Penal apossou-se de uma “descoberta” criminológica e a racionalizou, transformando-a em uma ciência operacionalizável dentro do sistema, criou o Direito Penal Econômico tal qual conhecemos hoje.

Conclusão

Antes do advento do Iluminismo no Século XVIII, a seleção de indivíduos punidos era emanada daqueles que detinham o poder, os monarcas. A punição era arbitrária e ausente de possibilidade mínima de defesa. Naturalmente, a classe nobre se favorecia desta punição desregrada e sem patamares éticos.

Com a queda dos monarcas e ascensão da burguesia ao monopólio do controle Estatal, o Poder punitivo foi regulado e racionalizado através do Direito Penal. A arbitrariedade cedeu espaço a novos valores, ideais liberais, os valores da burguesia.

O que parecia um movimento de fim de manutenção do poder nas mãos de uma classe opressora nada mais foi que uma troca de figuras, da monarquia pela burguesia, que rapidamente implementou seus valores e, apoiados pelos pensadores da Escola Contratualista, sistematizou o Direito Penal a fim de lhe servir, com a escusa de ser um instrumento de proteção social.

Com a Revolução Industrial, a escola positivista construiu a ideia segregadora do delito caricaturado. Esboçou traços de uma inferioridade física e moral do delinquente e contribuiu para a construção da desigualdade em uma sociedade que se proclamava igualitária e liberal. Enquanto de um lado havia acumulação de riqueza pela burguesia, do outro havia a miséria do proletariado.

Desde a escola contratualista, nota-se um embrião de seletividade criminal, intensificado durante a Escola Positivista e alcançando um patamar generalizado após o Capitalismo, sistema que institui uma superestrutura que segrega, mantendo privilégios à classe dominante e excluindo direitos da classe explorada.

As escolas que se seguiram, Interacionista e Crítica, não negaram a influência do sistema cultural capitalista em seus estudos e foram responsáveis pela denúncia ao sistema que privilegiava uns e desfavorecia outros (seletividade criminal).

70 Otto, Harro. Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand. In: Strafrecht-tdogmatik und Kriminalpolitik (obra coletiva). Köln: Carl H. Verlag, 1971, p. 72, apud CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico Democrático: hacia una perspectiva integrada. In: VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER, Flávia Bresser; NETO DIAS, Theodomiro. Direito Penal Econômico: análise contemporânea – Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.



A seletividade criminal era denunciada como uma ferramenta que usava a máquina estatal para uma perseguição do “mais fraco”. Evidenciou-se que o sistema penal possuía um filtro específico para criminalizar, julgar e condenar aqueles que se opusessem à classe social dominante. O sistema criminal, por canalizar as pulsões vingativas dos indivíduos, extraíndo o pior de suas sombras, se auto sustentava em uma falsa roupagem heroica e extirpadora do mal.

A seletividade é tão forte que até nos crimes de “colarinho branco”, praticados por aqueles quase imunes ao sistema, sua força se faz presente. A punição nesses casos ocorre em uma situação de “retiro de cobertura” da imunidade do indivíduo mais fraco dentre os imunes.

A criminalização secundária, nestes casos, advém em caráter excepcional, como forma de legitimar o sistema penal – o sistema seleciona alguém da classe dominante e ostenta à vista de todos para que acreditem em sua falsa neutralidade e justiça – e apenas em uma situação de confronto hegemônico – choque entre figuras da classe dominante, onde o mais fraco e menos avantajado de acordo com os valores capitalistas, sai derrotado, selecionado e condenado. Ou seja, mesmo quando o sistema pune os crimes de “colarinho branco” isso ocorre pelo filtro da seletividade criminal.

A política de denúncia de Sutherland, da escola Interacionista, e as sucessivas críticas feitas pelos criminólogos e doutrina penal nos anos seguintes consolidaram uma compreensão da seletividade criminal de forma mais contundente e proporcionaram a existência de um direito penal secundário, o Direito Penal Econômico, uma área voltada a estudar e definir os tipos penais que violassem o ambiente econômico de um Estado – a ciência-dogmática do Direito Penal apossou-se de uma “descoberta” criminológica e a racionalizou, transformando-a em uma ciência operacionalizável dentro do sistema, criou o Direito Penal Econômico tal qual conhecemos hoje.

A existência de tal ciência, com adesão em diversas instituições de ensino jurídico e dedicação quase exclusiva de operadores do direito, deve-se muito às denúncias da seletividade criminal no sistema penal feita pelas escolas. Irônico pensar que a Escola Interacionista e Crítica, ao denunciarem a seletividade e clamar por uma punição igualitária (tanto de pobres quanto ricos), foram responsáveis pela existência de uma subárea da Ciência Penal que se dedicaria exclusivamente ao estudo da criminalidade de colarinho branco, de certa forma, segregando, o estudo.

Naturalmente, esta segregação do estudo é usada em benefício de pessoas pertencentes à classe social dominante. Dentro desta classe apenas os melhores assistidos legalmente evitam o cometimento de atos ilícitos econômicos ou atenuam seus efeitos, já os indivíduos – desta classe ou não – que não são tão bem amparados, restam vulneráveis ou menos imunes ao sistema criminal e, conseqüentemente, possuem uma probabilidade maior de serem selecionados.

Neste aspecto a participação dos operadores do direito, principalmente de advogados especialistas, ainda que mínima, atua como criminalização secundária, auxiliando o sistema na seleção do indivíduo a ser punido.

A criminalização secundária ocorre através da atuação de instituições integrantes ou auxiliares do aparelho político Estatal, como a advocacia, a polícia, o Judiciário e o Ministério Público, que influem sobre o caráter seletivo, ainda que de forma não intencional.

Em uma síntese direta, a seletividade criminal não advém puramente das leis penais, mas sim da desigualdade social cada vez mais incentivada pelo sistema cultural capitalista. As instituições sociais, responsáveis pela seletividade



primária e secundária, atuam na lógica da punição desigual não por desígnio autônomo, mas sim por força da lógica social que a rege.

A angustiante verdade que qualquer operador do direito penal enxerga – ou deveria enxergar – e lhe tira o sossego é de que a seletividade punitiva é inevitável em uma sociedade que visa cada vez mais segregação acima de integração. Os indivíduos esquecem-se que enquanto houver desigualdade, haverá seletividade criminal e a Justiça continuará sendo injusta.

Referências Bibliográficas

AKERS, Ronald L. *Criminological Theories: Introduction and Evaluation*. Nova York: Routledge Taylor & Francis Group, 2012.

ALMEIDA, Fernanda Afonso de. *Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-03102012-090527/>>. Acesso em: 2016-01-08.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Tradução Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal*, 3ª edição, Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio De Janeiro: Revan, 2002, p. 40.

BATISTA, Nilo. *Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil*. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 33, p. 78-89, jan./jun. 1982.

BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. Capítulo 9 – Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais, p. 147-175. In: BOTTINO, Thiago (Coord.). *Direito Penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier-FGV, 2012.

CASTIGLIONE, Teodolindo. *Lombroso perante a criminologia contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 16

CASTILHO, Ela Wiecko Volkner de. *O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492 de 16.06.86)*. Dissertação (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina – Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 1996.

CIRINO DOS SANTOS. *Direito Penal: Parte Geral*, 3ª edição. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008.

CULLEN, Francis T.; WILCOX, Pamela (Editores). *Encyclopedia of Criminological Theory – Volume Two*. Califórnia: SAGE Publications, 2010.

DAMASIO, Robson Lins. *As oposições entre a escola Clássica e a escola Positivista criminológica do Direito penal*. In: BRITO, Alexis de Couto; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Coord.). *Caderno de Ciências Penais – Reflexões sobre as Escolas e os movimentos Políticos-criminais*. São Paulo: Editora Plêiade, 2012, p. 15-44.

 SUMÁRIO

 EXPEDIENTE

 APRESENTAÇÃO

 ENTREVISTAS

01 02 03

 ARTIGOS

01 02 03 04 05
06 07

 CONTO

FLORES, Marcelo Marcante. Crimes de Colarinho branco e a formação do Direito Penal secundário: os desafios da política criminal contemporânea. In IBCCRIM, Revista Tribuna Virtual, ano 01, Edição nº 05, Junho de 2013, ISSN nº 2317-1898.

HINCH, Ronald. Marxist Criminology in the 1970's: Clarifying the clutter. In Overview: Crisis in Theory and Social Policy. Crime and Social Justice Journal n. 19 (1983), ISSN 1043-1578, São Francisco: Social Justice, 1983. Disponível em: <http://www.socialjusticejournal.org/archive/19_1983/19_08_Hinch.pdf>. Acesso em: 08-01-2016.

KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda Punitiva. In Discursos Sediciosos - Crime, Direito e Sociedade, nº 1, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1996.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. São Paulo: Penguin/Companhia das Letras, 2012.

Otto, Harro. Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand. In: Strafrecht-dogmatik und Kriminalpolitik (obra coletiva). Köln: Carl H. Verlag, 1971, p. 72, apud CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico Democrático: hacia una perspectiva integrada. In: VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER, Flávia Bresser; NETO DIAS, Theodomiro. Direito Penal Econômico: análise contemporânea - Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUINNEY, Richard. Critique of legal order: Crime control in capitalist Society - Law and Society Series. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002.

SCHMIDT, Andrei Zenker. A delimitação do Direito Penal econômico a partir do objeto ilícito. In: VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER, Flávia Rahal; DIA NETO, Theodomiro (Coord.). Direito Penal econômico: crimes financeiros e correlatos - Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SIEGEL, Larry J. Criminology: Theory, Patterns and Typologies. California: Wadsworth, Cengage Learning, 2010.

SUTHERLAND, Edwin H. El delito de cuello blanco. Traducción de Rosa del Olmo. Madrid: La piqueta, 1999.

TAYLOR, Ian; WALTON; YOUNG, Jock. La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1997.

TIERNEY, John. Criminology: Theory and Context, Second Edition. Harlow: Pearson Longman, 2006.

VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER, Flávia Bresser; NETO DIAS, Theodomiro. Direito Penal Econômico: análise contemporânea - Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. A questão criminal. Tradução por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología: Aproximación desde um margen - Vol 1. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1 - Parte Geral, 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

AS MÚSICAS MILITARES E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA TORTURA PELOS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA

João Vicente Capello Rezende

Advogado. Pesquisador da Comissão da Verdade da Universidade de São Paulo.

Resumo: A mudança de percepção global acerca dos Direitos Humanos ocorrida durante o século XX fez com que a utilização da tortura fosse proibida de maneira absoluta. No entanto, nesta segunda década do século XXI alguns Estados democráticos continuam utilizando a tortura como forma de punição ou para obter informações sobre crimes. No Brasil, a tortura praticada por policiais contra supostos criminosos atinge níveis alarmantes e é constantemente denunciada pelos órgãos de proteção aos direitos humanos. Nesse contexto, as músicas utilizadas nos treinamentos militares favorecem a formação de uma cultura violenta por parte dos policiais, fazendo com que a tortura seja praticada de forma institucionalizada pelos órgãos de segurança pública.

Palavras-chave: tortura; Direitos Humanos; violência do Estado; cultura da violência

Abstract: The change in global perceptions about Human Rights during the twentieth century motivated the absolute prohibition of the use of torture. However, in this second decade of the twentieth first century, some democratic states are still using torture as a punishment method or to obtain information about crimes. In Brazil, torture practiced by police officers against suspected criminals reaches alarming levels and is constantly denounced by Human Rights agencies. In this context, songs used in military trainings further the formation of a violent culture by police officers, so that torture is practiced in an institutional manner by law enforcement bodies.

Key-words: torture; Human Rights; state violence; culture of violence

Sumário: 1. Introdução; 2. A identificação da tortura ao longo do tempo; 3. Casos de tortura na sociedade contemporânea; 4. Casos de tortura no Brasil; 5. As músicas de apologia à violência nas corporações militares; 6. A construção da cultura violenta nas corporações; 7. Considerações finais; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Introdução

Um considerável avanço ocorrido no Brasil durante o processo de transição democrática no final do século XX foi a extinção do caráter institucional da tortura como forma de reprimir e prevenir as posições e movimentos contrários à ditadura civil-militar que se instalou no país durante mais de 20 anos (1964-1985). A redemocratização escancarou os abomináveis métodos que eram utilizados pelos órgãos repressivos para afastar os ideais tidos como subversivos, mantendo a sociedade sob o controle dos militares que governavam o país, além de evidenciar a espantosa e indiscriminada frequência com que tais formas de contenção eram utilizadas.

No entanto, o estado democrático brasileiro contemporâneo não foi capaz de acabar completamente com as práticas de tortura. O superficial processo de transição para a democracia ocorrido no Brasil – que manteve a impunidade dos torturadores e seus facilitadores – fez com que as práticas de tortura não fossem efetivamente extintas do país,



de modo que muitas pessoas continuam sendo submetidas a essa prática nos dias de hoje pelas mãos do Estado. Combinada com a gritante desigualdade social presente no país, houve apenas uma mudança no público alvo das torturas, sendo que as populações pobres e periféricas, principalmente das grandes cidades, passaram a ser as mais atingidas, como uma forma de punir as pessoas suspeitas de eventualmente terem cometido algum crime (JOFFILY, 2014).

Porém, resta a dúvida se essa violenta e indigna maneira de reprimir e punir os atos (e os atores) que estejam em desacordo com a ordem jurídica estabelecida continua sendo institucionalizada, ocorrendo com o apoio e autorização tácitos ou expressos por parte das corporações – como ocorria com a ditadura civil-militar brasileira –, ou se houve alguma mudança nesse sentido, de modo que os casos de tortura que ocorrem na sociedade brasileira contemporânea seriam atos isolados e pontuais, que não contariam com o abono das instituições policiais e militares.

O presente artigo tem o objetivo de explorar exatamente esta questão acerca da eventual institucionalização da tortura, por meio da análise de algumas músicas de treinamento físico que são utilizadas pelas corporações policiais e militares, bem como do posicionamento de suas lideranças acerca desta utilização. Parte-se do pressuposto de que estas seriam boas oportunidades de tentar analisar o comportamento dessas instituições de um modo mais transparente, buscando escapar da artificialidade que reveste seus discursos oficiais e suas cartilhas de treinamento.

2. A identificação da tortura ao longo do tempo

De uma maneira geral, a tortura pode ser definida como um ato intencional de causar uma grave dor física ou psicológica com a finalidade de punir, coagir ou obter informações ou confissões, praticado por funcionário público ou por pessoa que atue em função pública¹. Trata-se de uma agressão covarde, pois pressupõe um maior poder institucional por parte do torturador, que justamente se faz valer desta superioridade para praticar a tortura. No entanto, é preciso destacar que essa prática não atinge somente a integridade física e a liberdade contra uma dor evitável, mas sim ofende centralmente a dignidade humana, tendo em vista que ela é a desconstrução final do ser humano, pois coloca o corpo e a mente do indivíduo atuando contra si próprio, transformando a vítima da tortura em um objeto manipulável para que o torturador alcance seus objetivos (POKEMPNER, 2014).

A utilização da tortura encontra uma série de precedentes históricos, como por exemplo entre os antigos gregos, que torturavam seus escravos para obter informações, passando pelos romanos, que utilizavam a tortura em situações semelhantes, e pelas práticas adotadas pela Igreja Católica no período da Inquisição, quando a tortura foi legitimamente autorizada como uma forma de punição aos hereges por volta do século XIII. As práticas de tortura provavelmente atingiram seu auge entre os séculos XVI e XVII, quando os suplícios (aplicações de penas corporais e dolorosas) ocorriam em praça pública, traduzindo o máximo poder do Estado sobre seus subordinados, conforme pontuado por Foucault (2005).

Este cenário de ampla aceitação e utilização da tortura começou a ser alterado com o advento do pensamento iluminista entre os séculos XVII e XVIII, que defendia a soberania popular, condenando o absolutismo e a forma

¹ Este requisito de que um ato somente pode ser considerado tortura se for praticado por funcionário público está no artigo 1º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 10 de dezembro de 1984, que foi ratificada pelo Brasil em 1991. Apesar dessa previsão expressa, a Lei nº 9.455/97, que dispõe sobre o crime de tortura no Brasil, considera que qualquer pessoa pode ser responsabilizada por esse crime, e não apenas os funcionários públicos.



autoritária como essa espécie de governo interferia na vida dos indivíduos, enfatizando sua profunda crença na liberdade e na necessidade de os seres humanos serem regidos por suas próprias leis. Com isso, a intolerância religiosa, a escravidão e a tortura passaram a ser rejeitadas, tendo em vista a sua inegável relação tirânica entre os soberanos e o povo (ou, no caso da tortura, entre os torturadores e os torturados), características das relações de poder existentes nos Estados absolutistas, que eram incompatíveis com esses valores morais e políticos (HANSEN, 2007).

Ainda na primeira metade do século XIX, a Constituição Francesa de 1848 reconheceu algumas exigências econômicas e sociais como uma resposta à pauperização das massas proletárias que provocou a organização da classe operária (COMPARATO, 2010). Contudo, somente no século XX houve uma determinante mudança de paradigma com relação à interpretação e à aceitação de práticas que ofendessem a dignidade humana, sendo que a “plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer” com a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919 (ibidem, p. 66). O respeito aos direitos humanos foi então fortemente influenciado pela criação da Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1945, como uma resposta às atrocidades que foram praticadas durante a Segunda Guerra Mundial, e a consequente Declaração Universal dos Direitos Humanos, que elevou o respeito à dignidade humana como anelo de interesse mundial, com especial ênfase à proibição da prática de tortura pelos Estados². Ou seja, as atividades legítimas do poder público, como, por exemplo, a investigação de crimes ou a punição dos indivíduos que tivessem praticado algum delito, não poderiam ultrapassar a barreira daquilo que era considerado essencial para a dignidade humana (WILDE, 2007).

O resultante consenso praticamente universal contra a tortura teve como consequência a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, estabelecida pela assembleia geral da ONU em 10 de dezembro de 1984³. Tal convenção determina a proibição absoluta da utilização de atos identificados como tortura em todo o mundo, sendo possível afirmar que esta proibição é considerada absoluta, pois não admite a utilização de qualquer justificativa que possa excepcionar esta vedação. A esse respeito, o artigo 2º deste dispositivo é enfático ao afirmar que “em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificativa para tortura”. Com isso, foi positivado o entendimento global de que a tortura deve ser incondicionalmente banida de todos os Estados.

Ou seja, independentemente de quem os pratica e sob qual justificativa, os atos identificados como tortura geram uma repugnância moral tal que proíbe de maneira absoluta a sua execução, uma vez que não condizem com os valores e virtudes fundamentalmente importantes para a nossa comunidade (RODIN, 2014). Não haveria, portanto, espaço para brechas ou exceções a essa proibição, de tal modo que os líderes políticos e os agentes de Estado estariam terminantemente proibidos de utilizarem tais métodos para quaisquer finalidades, independentemente do alvo ou da situação.

² O art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

³ O Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes em setembro de 1989, de modo que desde o dia 28 de outubro de 1989 esta convenção entrou em vigor para o Brasil.



3. Casos de tortura na sociedade contemporânea

Esse retrospecto sugere que seria praticamente impossível alguém defender abertamente a utilização da tortura, ainda que, por razões políticas ou morais. Mesmo nas situações em que a realização de tortura fica comprovada por vídeos, fotos, depoimentos ou marcas deixadas nos corpos das vítimas, como, por exemplo, em diversos casos na ditadura militar brasileira entre os anos de 1964 e 1985 e nas prisões de Guantánamo e Abu Ghraib no contexto da “guerra ao terror” promovida pelos norte-americanos nos primeiros anos do século XXI, normalmente são utilizados eufemismos que tentam descaracterizar as torturas. A esse respeito, o levantamento feito por Huggins (2014, p.43) é preciso:

A palavra ‘tortura’ é evitada ou renomeada de forma enganosa pelos perpetradores e pelos oficiais responsáveis. Os torturadores brasileiros que entrevistei em 1993 raramente usavam a palavra tortura, referindo-se a ela como ‘aquele tipo de conduta’, ‘uma conversa com os nossos prisioneiros’ (...). Do mesmo modo, investigações de ‘abusos’ perpetrados por norte-americanos contra prisioneiros iraquianos revelaram uma relutância em utilizar a palavra ‘T’ com vários níveis de atores, especialmente aqueles vinculados ao governo norte-americano, descrevendo essa violência como ‘degradação’, ‘encenação’, ‘maus tratos’, ‘interrogatório duro’. Presumivelmente, além de serem vistas como muito distantes da tortura, essas formas ‘menores’ de violência podem ser cuidadosamente congeladas no tempo e não vir a ser imputadas como tortura.

Em situações extremas, pois, os Estados estariam dispostos a validar a prática de tortura, ainda que de maneira parcial e por meio de uma série de eufemismos, sem reconhecer expressamente atos de tortura nas ações por eles perpetradas. De acordo com a linha de pensamento de que a “lei civilizada” pode ser ameaçada por “praticantes do mal”, o bem comum deveria sempre ser perseguido e não poderia haver qualquer tipo de restrição aos interrogatórios, estando os Estados legitimamente autorizados a dar uma resposta “com o mesmo grau de intensidade” aos terroristas. Essa situação seria válida tanto para o período da ditadura militar no Brasil, quanto para a chamada “guerra ao terror” promovida pelos Estados Unidos (HUGGINS, 2014). Portanto, a influência da guerra ou uma profunda desordem social seriam condições que tornariam rotina, institucionalizada, a prática de violências contra cidadãos supostamente criminosos, abrindo caminho para a degradação moral por meio da violência praticada pelos governos, muitas vezes com amparo das leis ou, pelos menos, das instituições que deveriam controlar e inibir eventuais excessos (DALLARI, 2000).

4. Casos de tortura no Brasil

A situação política e social do Brasil nessas primeiras décadas do século XXI está longe de representar uma situação que permitiria ao Estado brasileiro, no plano retórico, relativizar sua repulsa aos crimes de tortura praticados por agentes públicos, como fizeram os Estados Unidos com a Guerra ao Terror e suas “técnicas avançadas de interrogatório”⁴.

4 De acordo com David Cole, entre os anos de 2002 e 2007 as técnicas de interrogatório utilizadas pela CIA (agência de inteligência dos EUA) em prisões secretas, que incluíam sessões de afogamento, nudez forçada, privação do sono e simulação de enforcamento, eram autorizadas, inclusive com seguidos pronunciamentos do Departamento Jurídico do Governo acerca da sua legalidade. O presidente Barack Obama, que assumiu o cargo em 2009, se pronunciou repetidamente sobre a ilegalidade dessas formas de interrogatório, afirmando que elas deveriam ser caracterizadas como tortura (COLE, 2009).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

Simplesmente não existe um grupo definido de pessoas que seriam inimigas públicas, praticantes do mal e que estariam atingindo o Estado e suas leis democráticas de maneira deliberada e aleatória.

A retomada da normalidade democrática ocorrida em 1985 praticamente eliminou os casos de tortura contra os integrantes da elite e da classe média da sociedade, que faziam oposição ao regime militar. Porém, a tortura continua acontecendo no Brasil diariamente e o Estado brasileiro parece permanecer disposto a recorrer a eufemismos para tratar do assunto, sendo que, por se tratar de uma prática ilegal envolvendo agentes do Estado, não há números oficiais que permitam quantificar com exatidão o tamanho do problema na sociedade brasileira atualmente (CARDIA; SALLA, 2014). No entanto, uma série de levantamentos realizados por entidades não governamentais, bem como eventos esporadicamente denunciados pela imprensa permitem verificar a existência dessa prática, seu modo de agir e o público alvo.

De acordo com o relatório produzido pela *Human Rights Watch* – uma organização não governamental internacional que defende os direitos humanos –, referente a dados levantados em 2014, a “tortura é um problema crônico em delegacias de polícia e centros de detenção”; segundo o relatório, somente entre os meses de janeiro de 2012 e junho de 2014 foram recebidas nada menos do que 5.431 denúncias de tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante em todo o país, sendo 84% dessas denúncias referentes a “abusos em presídios, cadeias públicas, delegacias de polícia, delegacias que operam como unidades prisionais e unidades de medida sócio educativa” (HUMAN RIGHTS WATCH, 2015). Essa quantidade de queixas representa uma assustadora média de 152 atos de tortura praticadas por autoridades policiais por mês, uma média de cinco novas denúncias de tortura por dia nesse período de dois anos e meio.

A esse respeito, é importante destacar que os dados apresentados pela *Human Rights Watch* se referem, exclusivamente, aos casos de tortura que foram denunciadas à entidade. Ou seja, por se tratar de uma denúncia que muitas vezes pode implicar em novas sanções à vítima – as vezes com gravidade ainda maior –, ou não ser levada adiante, tendo em vista que frequentemente a palavra do torturado é desacreditada e o torturador conta com certo respaldo do sistema público (o que é conhecido pelas vítimas de tortura), pode-se supor que as efetivas ocorrências de tortura sejam até mesmo superiores àquelas que foram levantadas pela organização não governamental. Portanto, não é exagerado presumir que a média de cinco novos casos de tortura por dia é uma aproximação subdimensionada. Trata-se, sem dúvida, de um problema crônico enfrentado pelo Brasil em pleno século XXI.

A opinião da Anistia Internacional (2015) é semelhante. Em seu relatório bianual publicado no mês de fevereiro de 2015, esta organização não governamental foi enfática ao apontar a grave situação em que o Brasil se encontra, afirmando que “prossegiram as denúncias de graves violações dos direitos humanos, como os homicídios cometidos pela polícia e a tortura ou outros maus-tratos de pessoas detidas” (p.72). Ainda, o documento afirma que foram registradas uma série “de denúncias de tortura e outros maus-tratos, tanto no momento da prisão quanto durante os interrogatórios e a detenção nas delegacias de polícia” (p. 74).

Além disso, o Banco de Dados da Imprensa sobre as Graves Violações de Direitos Humanos, mantido pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, que reúne notícias publicadas em jornais desde 1980 até os dias atuais, monitorando graves violações aos direitos humanos, aponta que, desde o início do levantamento até o ano de 2010, somente no Estado de São Paulo, foram contabilizados 6.033 casos de violência policial (NÚCLEO DE



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

ESTUDOS DA VIOLÊNCIA, 2016). Isso implica dizer que, no período analisado, foram noticiados, em média, 16 casos de violência policial por mês somente no Estado de São Paulo.

Apesar dos índices gritantes, essas estatísticas não chegam a causar estranhamento. Qualquer pesquisa despreziosa em jornais de grande circulação ou em páginas da *internet* **vão indicar** que a incidência de casos envolvendo o abuso de violência por parte de agentes públicos é assustadoramente grande.

A esse respeito, o estudo feito por Cardia e Salla (2014, p. 318) indica a abrangência dos casos de tortura em todo o território brasileiro, tendo em vista que

os dados mostram que a tortura não está restrita aos grotões menos desenvolvidos ou às prisões mais distantes do país e que não se trata de um problema restrito a uma força policial. Ao contrário, a ampla abrangência da tortura utilizada por diferentes forças policiais ligadas a diferentes esferas da administração pública, é um indicador de alguns dos obstáculos para sua erradicação: a necessidade de se identificar os diferentes mecanismos que sustentam essas práticas em suas diferentes manifestações (p.318).

A espantosa incidência dessa prática, combinada com a divulgação de algumas histórias mais escandalosas pelos meios de comunicação, têm feito com que as pessoas que comandam as corporações responsáveis pelas práticas violentas adotem uma postura de suposta indignação com relação às violências. Nesses casos, é frequente a utilização dos eufemismos já mencionados anteriormente, na tentativa de tornar mais brandas as práticas de tortura, tratadas, muitas vezes, como *pequenos excessos*.

No entanto, esse cínico eufemismo, por vezes, não é suficiente para dar uma mínima satisfação social acerca da violência injustificável que é cometida, de modo que essas atitudes passam a ser tratadas de maneira isolada. Nesses casos, atitudes gritantes de violência policial praticadas por uma pessoa no interior da própria corporação são apontadas como iniciativas singulares daquele agente (ou grupo de agentes) e que não estariam de acordo com os princípios e normas da instituição.

Com certa frequência, esses discursos que tentam isolar o problema afirmam que a situação *será apurada* e os responsáveis *serão punidos*, com o intuito de demonstrar repúdio aos atos praticados. Em que pese a aparente seriedade com que esse tipo de discurso é transmitido para a opinião pública, essa seria a única resposta minimamente aceitável por parte dos comandantes dessas instituições, afinal, conforme visto anteriormente, as alterações na interpretação dos direitos humanos que ocorreram principalmente a partir da segunda metade do século XX não deixaram qualquer espaço para que a dignidade humana fosse lícitamente atingida por atos de tortura do Estado.

Existem vários relatos de casos de violência policial que são tratados como *casos isolados*, em nítida tentativa de descaracterizar a institucionalização do comportamento violento. Um dos casos mais emblemáticos nesse contexto foi o da Favela Naval, na cidade de Diadema, no ano de 1997. Uma filmagem exibida na televisão em rede nacional mostrava vários policiais militares torturando, agredindo e extorquindo pessoas naquele local, além do assassinato de uma pessoa. As cenas de violência policial eram claras e não deixavam qualquer margem para interpretação que validasse a conduta dos agentes.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



De acordo com reportagem da Folha de São Paulo da época, diante deste cenário, o comando da Polícia Militar do Estado de São Paulo tratou o caso como *isolado*, afirmando que “esse tipo de atitude é restrita a uma minoria de policiais”, ressaltando que

imagens desse tipo não contribuem em nada para a corporação, formada, em sua maioria, por homens honestos. A PM jamais pode concordar com procedimentos iguais a esses. Quando tivemos indícios de que isso acontecia, abrimos os IPMs. Tentar identificar o que leva uma pessoa a agir assim é muito difícil, pois é um problema de educação, de caráter. Não há justificativa para isso (POLICIAIS, 1997).

No entanto, parece não haver mudança significativa no comportamento das corporações militares nos últimos anos. Um caso mais recente de violência policial ocorreu em junho de 2015, quando um idoso de 62 anos teve sua casa invadida na cidade de Dias D’Ávila (a 57 quilômetros de distância de Salvador, na Bahia) e foi torturado por mais de uma hora, sob a suspeita de que era um traficante. O idoso conseguiu denunciar seus agressores e as marcas deixadas em seu corpo pelas sessões de tortura eram tão nítidas que o juiz designado para julgar o caso determinou a prisão dos policiais agressores. No entanto, quando questionada, a Secretaria de Segurança Pública “qualificou o episódio como um ‘caso de agressões’, condenou o fato e informou que, paralelamente ao processo criminal, será aberto um processo administrativo para decidir sobre a permanência na corporação dos agentes envolvidos” (MARTIN, 2015).

Mais um caso que ganhou publicidade ocorreu em agosto de 2013, na cidade de Caieiras, na grande São Paulo. Nesse acontecimento, dois adolescentes foram apreendidos por supostamente estarem envolvidos com o tráfico de drogas e foram seguidas vezes agredidos por ao menos seis policiais que tentavam identificar quem seria um suposto chefe do tráfico. O que deu notoriedade a este caso foi o fato de a sessão de tortura ter sido filmada em vídeo, o que é algo extremamente raro de acontecer, sendo possível identificar claramente as repetidas agressões e questionamentos que eram realizados pelos policiais. Ao ser indagada sobre o caso, a Secretaria de Segurança Pública informou que “o vídeo com as imagens da tortura está sendo investigado pela Corregedoria”. Além disso, seguiu o argumento padrão utilizado nesse tipo de situação, informando que a corporação não “compactua com qualquer tipo de irregularidade no exercício da função policial e adotará as medidas cabíveis” (CARAMANTE, 2013).

Essas respostas que as corporações policiais e órgãos de supervisão da administração direta emitem, aparentemente condenando as atitudes violentas dos policiais, têm o objetivo de individualizar essas condutas, tratando-as como casos isolados dentro das corporações. Seriam, portanto, atos não condizentes com suas regras internas e, principalmente, com a cultura que envolve a entidade em questão.

Nesses momentos formais, as corporações e, principalmente, suas lideranças, tendem a divulgar aquilo que se espera delas, e não aquilo que efetivamente acontece no seu interior e entre seus membros. Tendo em vista que a nossa sociedade contemporânea supostamente não mais tolera atos expressos de tortura praticados por agentes públicos, as lideranças das corporações não teriam outra atitude a tomar, a não ser a reprovação da conduta de *determinados agentes* e a busca por sanções contra tais condutas, *ilícitas e isoladas*.

5. As músicas de apologia à violência nas corporações militares

Para compreender o efetivo funcionamento de determinada entidade, bem como a ideologia de seus membros, é necessário ir além do discurso oficial divulgado nos meios de comunicação e das regras artificialmente elencadas



nas cartilhas de treinamento. Um momento propício para observar o comportamento espontâneo das corporações de força pública ocorre na entonação das músicas que embalam seus treinamentos físicos. Isso porque, conforme defendido por Adorno (2008), a música é capaz de comunicar expressões humanas, sendo “análoga ao discurso não apenas como conexão organizada de sons, mas também porque há uma semelhança com a linguagem no modo de sua estrutura concreta”, existindo uma lógica do certo e do errado, a ser interpretada a partir de suas peculiaridades, como a ascensão e o decréscimo que são emprestados da voz que fala (ADORNO, 2008).

Assim como ocorre com grande parte das canções populares, essas músicas de treinamento surgem a partir de uma construção coletiva, sem que exista um autor determinado para cada canção. As músicas tendem a simbolizar a força e a bravura de determinada corporação, provavelmente como uma forma de incentivar seus membros a seguir adiante em treinamentos que muitas vezes chegam no limite do esforço físico. Os novos integrantes que ingressam em determinada corporação imediatamente são apresentados a essas músicas, bem como a outros hábitos internos, e rapidamente são incentivados e condicionados a seguir aquela ideologia como se fosse uma regra inafastável – ainda que não esteja escrita em lugar algum.

Da mesma forma como acontece com as “instituições totais” (GOFFMAN, 2013), assim que uma nova pessoa ingressa nas corporações militares e de segurança pública, suas escolhas pessoais tendem a ser suprimidas, caracterizando uma verdadeira “mortificação do eu”. Apesar de essas corporações não necessariamente se configurarem como “instituição total”⁵, conforme definida por Goffman, a comparação é pertinente a partir do momento em que, nessas entidades, ocorre uma significativa “perda da decisão pessoal”, tendo em vista que o agente é obrigado a “apresentar uma renúncia a sua vontade” (p.46), assim como acontece nas instituições analisadas pelo autor. Isso porque o novo agente que entra na corporação, ou mesmo aquele que está em treinamento com o objetivo de ingressar nessa instituição, simplesmente não tem a opção de questionar se determinada música entoada por todo o conjunto de agentes é pertinente, bem como não tem a possibilidade de demonstrar seu desacordo com a canção. Ainda que ele venha a não gostar, ou não concordar com determinado aspecto do treinamento (como, por exemplo, a música que é utilizada), a estrutura de controle que envolve o grupamento fará com que ele abdique da sua opinião pessoal e repita, sem questionar, exatamente aquilo que os demais também estão fazendo. Caso atue de maneira diferente, o seu desleixo, ou pelo menos o seu desdém com relação à música coletivamente entoada, provavelmente serão notados pela “equipe dirigente”, e é esperado que ocorra algum tipo de sanção, seja ela física – como, por exemplo, a continuidade do treinamento físico – ou moral – como o isolamento ou uma humilhação perante os demais membros do grupo.

Especificamente com relação às músicas que são utilizadas nos treinamentos, uma das que ganhou maior notoriedade nos últimos anos é atribuída ao Batalhão de Operações Policiais Especiais (BOPE) do Rio de Janeiro, que ficou famosa, dentre outros aspectos, por ser executada no filme *Tropa de Elite* (Padilha, 2007). Em determinado momento do filme, que mostra a rotina de treinamento de aspirantes ao Batalhão (que usam roupas pretas durante as operações policiais, daí a referência aos “homens de preto” na música), o grupo é incentivado a cantar da seguinte forma:

5 De acordo com a elaboração de Erving Goffman, instituição total é aquela que controla plenamente a vida das pessoas que se submetem a ela. A forma de organização e as regras que envolvem esse tipo de instituição excluem as possibilidades de interação social do indivíduo e reduzem sua capacidade de tomar decisões sobre os aspectos que cercam sua vida no interior da instituição, gerando a mortificação da sua subjetividade. As principais formas de instituição total apresentadas por Goffman são os manicômios, conventos e as prisões.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



Homens de preto o que é que você faz?

Eu faço coisas que assusta (sic) o satanás

Homens de preto qual é sua missão?

Entrar pela favela e deixar corpo no chão.

O mesmo batalhão teria cantado uma música com teor ainda mais violento, segundo reportagem do jornal O Globo de 24 de setembro de 2003. Segundo a matéria, durante treinamento físico realizado nas ruas da Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro, um grupo de oficiais do BOPE estaria realizando seus exercícios físicos enquanto cantava as seguintes músicas:

O interrogatório é muito fácil de fazer

Pega o favelado e dá porrada até doer

O interrogatório é muito fácil de acabar

Pega o bandido e dá porrada até matar

(...)

Esse sangue é muito bom

Já provei não tem perigo

É melhor do que café

É o sangue do inimigo”

“Bandido favelado

Não se varre com vassoura

Se varre com granada

Com fuzil, metralhadora

Esse aspecto de algumas músicas militares despertou a atenção da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República que, na Resolução nº 08, de 21 de dezembro de 2012⁶, dentre outras regulamentações, recomenda a

⁶ Por se tratar de uma resolução proferida pela Secretaria de Direitos Humanos, ela não tem força de lei, de modo que não obriga as corporações federais. Além disso, tendo em vista o aspecto federativo da organização do Estado brasileiro, a regulamentação das polícias estaduais compete privativamente às unidades federativas, com limitada possibilidade de interferência por parte da União. Contudo, apesar de não possuir efeito vinculante, esta resolução da Secretaria de Direitos Humanos está alinhada com o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos/OEA, bem como com o Relatório Especial da ONU para Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias, sendo relevante na construção dos Direitos Humanos no Estado brasileiro.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

proibiu para órgãos e instituições do Estado da utilização de frases ou jargões em músicas ou jingles de treinamento que façam apologia ao crime e à violência (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, 2012).

Contudo, parece que a tentativa de proibir essas canções ainda não surtiu o efeito desejado, e as canções violentas continuaram aparecendo. No mês de junho de 2013, novamente um grupo de treinamento de policiais pertencentes ao BOPE foi flagrado cantando músicas com esse teor. Mais uma vez durante a realização de treinamentos físicos, moradores se incomodaram com o teor das músicas e resolveram gravar o vídeo demonstrando a seguinte canção (TROPA, 2013):

É o BOPE preparando a incursão

E na incursão

Não tem negociação

O tiro é na cabeça

E o agressor no chão

E volta pro quartel (sic)

Pra comemoração (sic)

Evidentemente, se um comandante deste batalhão fosse questionado acerca da missão da sua tropa, ao contrário do que a primeira das letras reproduzidas demonstra, a resposta não seria que ela é *entrar pela favela e deixar pessoas mortas*, da mesma forma que não aceitaria oficialmente a utilização de agressões físicas para a realização de interrogatórios. Seu discurso oficial tenderia a ser muito menos agressivo, provavelmente envolvendo a promoção da paz e justiça no interior das comunidades, sempre respeitando os Direitos Humanos.

Como resposta à matéria publicada no ano de 2013 pela Globo News, a assessoria de imprensa da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro afirmou que “a prática de cantar músicas de apologia à violência é proibida e que o responsável pelo exercício será responsabilizado pelo ato”, afirmando ainda que o batalhão tem como “valor maior a preservação da vida e que é voltado para operações de pacificação” (TROPA, 2013). Ou seja, exatamente aquilo que se esperava de uma resposta oficial por parte do comando das corporações policiais.

Obviamente os cânticos de apologia à violência não são exclusivos do BOPE. No dia 09 de abril de 2015, a TVCarta publicou um vídeo que demonstra um treinamento físico realizado por alunos da Escola Preparatória de Cadetes da Aeronáutica, no qual a seguinte música é entoada (ESCOLA, 2015):

(...) Pega o vagabundo e dá porrada pra valer (sic)

O interrogatório é fácil de acabar

Pega o vagabundo e dá porrada pra matar (sic)

Tapa na cara



Chute no peito

Choque na língua

Choque no pé

Uh, choque elétrico

Uh, choque elétrico

Mais uma vez, e como era de se esperar, ao ser questionada sobre o assunto, a Força Área Brasileira divulgou uma nota afirmando que se tratava de um episódio *isolado* e seria instaurada uma sindicância para apurar a responsabilidade dos envolvidos, afirmando ainda que repudia a tortura e que incentiva o respeito aos Direitos Humanos (ESCOLA, 2015).

6. A construção da cultura violenta nas corporações

Ainda que se possa admitir que a elaboração e reprodução dessas músicas independem da atuação direta dos membros do alto comando responsáveis por essas corporações, a resposta que normalmente é utilizada nesses casos é sintomática. Via de regra, como se pode observar, os fatos são tratados como casos isolados, praticados diretamente pelos agentes, sem o conhecimento da cúpula da corporação, de modo que essas músicas não seriam condizentes com a ideologia da corporação.

O fato de lidar com as situações de tortura como se fossem eventos singulares leva a crer que se trata de um desarranjo dentro de um sistema que funcionaria perfeitamente. Ou seja, uma vez que essa desordem tenha sido verificada e corrigida – por meio de sanção administrativa ou até mesmo com a prisão do agente público –, todo o sistema estaria a salvo e poderia prosseguir normalmente sem a necessidade qualquer alteração.

As respostas apresentadas pelas lideranças das corporações de segurança procuram tratar de forma isolada os casos de incitação à violência, como se essa prática fosse absolutamente estranha à cultura das corporações. Essa postura procura tirar legitimidade da acusação de incentivo à violência, tentando convencer a população de que as instituições estão funcionando perfeitamente e, portanto, essas denúncias não merecem maior atenção.

No entanto, se o objetivo das lideranças policiais fosse realmente corrigir um problema pontual e esporádico no interior das corporações, seria necessário assumir que existe uma falha no sistema de treinamento, sendo, por exemplo, dada uma resposta enérgica e que não deixasse qualquer margem para dúvidas. O reconhecimento de que essas músicas podem causar uma indesejada incitação à violência e de que tais métodos de treinamento não são tolerados seria o comportamento minimamente aceitável para se manter a argumentação de que esses eventos seriam esporádicos e não condizentes com a cultura das corporações. Porém, ao não admitir que se trata de um modo inadequado de treinamento, as lideranças acabam transmitindo a mensagem de que aqueles atos fazem parte da cultura das corporações policiais e militares.

É importante destacar, contudo, que essas músicas com teor violento não necessariamente implicam diretamente em ações violentas por parte dos policiais, ou seja, não é somente por causa das músicas que determinado agente



vai adotar uma postura mais ou menos agressiva. O fato é que essas canções acabam legitimando tais ações, uma vez que estariam transmitindo uma doutrina de que a missão da corporação seria de combater o “inimigo”⁷ por meio do uso da força.

Isso implica dizer que a utilização de músicas com exaltação à violência em ambientes informais das corporações de segurança pública (como, no caso, nos treinamentos físicos) contribuem para a formação de uma cultura de aceitação da violência. Assim como ocorre nas mais diversas organizações e nos grupos sociais, independentemente de seus tamanhos, suas culturas são socialmente construídas a partir dos interesses dos membros desses grupos, com uma inquestionável preponderância das vontades daqueles que exercem algum grau de influência sobre o restante do grupo.

Com isso, a concordância – ou pelo menos a anuência implícita – por parte dos membros das cúpulas das organizações de segurança pública com as músicas que exaltam práticas violentas acaba atuando diretamente na formação da cultura dessas entidades. A partir de então, a utilização desproporcional da força física, bem como a aplicação de métodos que podem ser identificados como tortura para se alcançar determinado objetivo, deixam de causar estranhamento em todos os membros daquela organização, mesmo com relação aos que não estiverem diretamente envolvidos com tais atos. Afinal, trata-se de um ato culturalmente aceito por aquele grupo.

A aceitação, ainda que tácita, dos casos de tortura praticadas por agentes públicos foi um dos catalisadores para a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) no Congresso Nacional no ano de 2002, destinada a investigar casos de tortura e maus-tratos praticados por agentes públicos. O relatório final desta CPI é enfático ao afirmar que a legislação específica que define os crimes de tortura e estabelece penas severas aos torturadores e aos que se omitem na apuração desses crimes (Lei nº 9.455 de 07 de abril de 1997) não conseguiu eliminar essa prática. De acordo com o relatório,

o diagnóstico sobre a prática de tortura nos revela que ela não só é comum, como generalizada: existe em todas as polícias e agentes de custódia, seja de menores, seja de condenados, e até mesmo em asilos de velhos e orfanatos. Obviamente, quando a tortura é perpetrada por agentes do Estado, notadamente as autoridades policiais que deveriam garantir a segurança do cidadão, a situação se reveste de complexidade e gravidade ainda maior. Longe de ser evento raro e exemplarmente punido, a prática da tortura é tolerada e considerada ainda um ‘mal necessário’. (...) o cidadão paga impostos e esses impostos pagam os funcionários que são os agentes da tortura, ou pelo menos a toleram. Muitas vezes a impunidade é garantida por laudos médicos vagos, imprecisos, que acobertam os criminosos torturadores e dão base às explicações mirabolantes oferecidas por eles (...). Os casos estudados por nós nesse exíguo tempo dizem respeito a ocorrências no âmbito da Polícia Federal, mas são apenas exemplos. Seguramente sabemos que em todas as forças policiais, civis ou militares, estaduais ou federais, de todos os estados brasileiros, encontraremos muitos casos de tortura (Câmara Federal, 2002).

⁷ De acordo com Günter Jakobs, os inimigos do Estado teriam seus direitos fundamentais desconsiderados, afinal não deveriam ser tratados como cidadãos que cometeram crimes ou mesmo como seres humanos, mas sim como verdadeiros e irrecuperáveis adversários da ordem pública. Nesse caso, haveria espaço para a relativização das garantias inerentes à dignidade humana, bem como da proporcionalidade das penas e do fato da punibilidade dever ser restrita aos fatos cometidos. Perante o “inimigo” estar-se-ia em um legítimo estado de guerra, no qual as regras devem ser diferentes (JAKOBS; MELIA 2015).



Ou seja, como se pode perceber, a conclusão que esta CPI chegou também é de que tortura praticada por agentes públicos não atinge somente uma parcela das organizações de segurança pública, mas sim é uma questão generalizada, que atinge todas.

A esse respeito, Huggins (2014) identifica que um dos pontos fundamentais para a ocorrência de torturas em determinado Estado é o fato de ela ser sistêmica, ou seja, ela é “parte de um sistema, e não o trabalho de algumas poucas ‘maçãs podres’” (p. 46). Isso implica dizer que esses atos de extrema violência e covardia ocorrem de maneira persistente e disseminada, com o amparo ideológico (e muitas vezes jurídico) do próprio Estado (HUGGINS, 2014).

Essa sistematização da tortura implica na existência de um grupo de pessoas que atua conjuntamente, fazendo uma espécie de divisão do trabalho. Ou seja, determinado agente público somente conseguirá torturar uma pessoa que seja suspeita pela prática de um crime, por exemplo, se houver mais pessoas dispostas a levar aquela pessoa para o interrogatório, a aceitar eventual depoimento forçado pela tortura como se fosse verdadeiro, a eventualmente fazer exames médicos no corpo da vítima e deixar de constatar a prática de tortura e, em última instância, a deixar de denunciar ou a absolver o agente do crime de tortura, caso ele venha a ser denunciado. A existência desses múltiplos atores que se relacionam direta ou indiretamente com a tortura e podem contribuir, ativa ou passivamente, para sua permanência, faz com que “a responsabilidade última pela tortura recaia sobre a estrutura e os funcionamentos dessas unidades especializadas, produtos daqueles que as criam conscientemente e nelas colocam determinados tipos de pessoas” (Huggins, 2014, p. 49).

A criação, a reprodução e a anuência com a reprodução das músicas militares que incentivam a violência estão inseridas exatamente nesse contexto de sistematização da tortura. Não é possível identificar apenas algumas pessoas, ou um grupo definido de pessoas, que sejam os responsáveis por essa prática. Trata-se de um problema mais amplo, que envolve toda a estrutura das organizações de segurança pública e que sugere uma convivência com a prática de tortura de modo generalizado.

7. Considerações finais

De acordo com Pokempner (2014), tendo em vista que os casos de tortura não deixaram de existir a partir do final do século XX, da maneira que a regulamentação global acerca dos direitos humanos pretendia, não é possível presumir que existe um consenso global em relação à proibição absoluta da tortura. Os inúmeros relatos de atos violentos praticados por agentes públicos, inclusive por Estados com regimes de governo democráticos, evidenciam que o problema da tortura, infelizmente, continua extremamente presente e disseminado.

Uma das formas de se seguir adiante no combate à tortura, especialmente quando seu repúdio não é universal, é enfrentar o eufemismo e a banalização que frequentemente são utilizados, de modo que sua brutalidade seja tornada vívida e tangível (POKEMPNER, 2014). É exatamente nesse ponto que se insere o combate às músicas militares que fazem apologia à violência.

Trata-se de uma absurda e indefensável banalização das práticas violentas adotadas pelas organizações de segurança pública. Não é possível admitir que um grupamento possa realizar seus treinamentos físicos cantando, a plenos pulmões, versos que afirmam que seu objetivo é *deixar corpos espalhados pelo chão na favela*, ou ainda que *para acabar com um interrogatório basta dar porrada pra valer*, conforme foi verificado nas músicas analisadas.



Esses aviltantes atos de violência contra a dignidade humana são tratados nas músicas com simplicidade e até com um teor de casualidade, como se fossem atos fúteis e cotidianos, inerentes às atuações dos agentes. Isso representa uma inaceitável banalização da tortura. Não existe uma explicação racional ou ideológica para que essa prática seja continuada, de modo que a aparência de normalidade com que o assunto é tratado nas circunstâncias que foram analisadas remete a uma inegável “banalidade do mal”⁸, conforme identificado por Hannah Arendt (2007). A persistência institucional dessas práticas deprimentes aos direitos humanos não pode, em hipótese alguma, ser admitida, ou ser tratada com indiferença, sem a devida repulsa e estranhamento, como se fosse algo trivial ou *banal*.

Da mesma forma, os eufemismos utilizados pelas cúpulas dessas entidades para tentar desqualificar essas músicas como uma forma de se fazer apologia à tortura também não podem ser tolerados. É imprescindível que os atos sejam devidamente nomeados, reconhecendo-se a incitação à violência que existe nessas músicas: por exemplo, é imperativo que as lideranças policiais afirmem que *choque na língua é um bom método para acabar com interrogatórios* não pode ser tema de uma música de treinamento sem maiores implicações ou questionamentos.

Além disso, as corporações precisam tomar medidas mais firmes quando se deparam com atos de tortura praticados por agentes pertencentes a seus quadros de funcionários. Apenas afirmar que determinada organização não compactua com a violência e que a conduta dos funcionários será avaliada e, se for o caso, eles deixarão de prestar serviços para a comunidade é muito pouco. É necessário repudiar esses atos de maneira enfática, deixando claro que a tortura praticada por agentes públicos contra cidadãos, sob qualquer circunstância, é absolutamente inadmissível.

Portanto, é necessário que toda prática de tortura receba uma indignada manifestação contrária, pública e sem rodeios, para que todos saibam que esta é uma conduta abominável e que deve ser universalmente rechaçada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, T. *Fragmento sobre música e linguagem*. Trans/Form/Ação, São Paulo, 31(2): 167-171, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v31n2/10.pdf>>. Acesso em 23 mai. 2016.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/15: O estado dos direitos humanos no mundo*. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Web-Informe-2015-03-06-final.pdf>. Acesso em: 26/01/2016.

ARENDT, H. *A condição humana*; tradução: Roberto Raposo. 10ª.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ASSY, B. Eichmann, banalidade do mal e pensamento em Hannah Arendt. In: MORAES, E. J.; BIGNOTTO, N. *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

CÂMARA FEDERAL. Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar Casos de Tortura e Maus-tratos Praticados por Agentes Públicos. Presidente: Dep. Elcione Barbalho. Relator: Dep. Helenildo Ribeiro. 2002

⁸ O conceito de *banalidade do mal* representado por Arendt (2007) não implica em uma tentativa de justificar o ato, amenizar a culpa do agente ou mesmo esboçar um caráter de normalidade ou irrelevância acerca do crime praticado contra a dignidade humana. Esse conceito busca demonstrar que um terrível ato praticado contra a humanidade (como foi o caso dos assassinatos cometidos contra os judeus durante a Segunda Guerra Mundial) pode ser tratado de forma banal, burocrática, sistemática e eficiente, sem que seus autores se preocupem com a justificativa racional para tais atos. Isso significa que o mal passa a ser encarado sem o estranhamento que seria necessário, ou seja, “o mal por si nunca é trivial, embora ele possa se manifestar de tal maneira que passe a ocupar o lugar daquilo que é comum” (Assy, 2001, p. 144)

 SUMÁRIO

 EXPEDIENTE

 APRESENTAÇÃO

 ENTREVISTAS

01 02 03

 ARTIGOS

01 02 03 04 05
06 07

 CONTO

CARAMANTE, A. Vídeo flagra policiais espancando jovens em delegacia de São Paulo. Folha de S. Paulo, São Paulo, 08out. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/10/1353207-video-flagra-policiais-espancando-jovens-em-delegacia-de-sao-paulo.shtml>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

CARDIA, N.; SALLA, F. Um panorama da tortura no Brasil. In: CARDIA, N.; ASTOLFI, R. *Tortura na era dos direitos humanos*. São Paulo: Edusp, 2014.

COLE, D. *The torture memos: the case against the lawyers*. The New Yorker Review of Books, 2009. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/2009/10/08/the-torture-memos-the-case-against-the-lawyers/>>. Acesso em 23 mai. 2016.

COMPARATO, F.K. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, D. Prefácio: Duzentos anos de tortura. In: VERRI, P. *Observações sobre a tortura*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESCOLA da Aeronáutica faz apologia à tortura; TV Carta. São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=JDbvOckEhQY>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 30.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GOFFMAN, E. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2013.

HANSEN, C. R. Uma história da Teoria dos Direitos Humanos. In: DEVINE, C.; HANSEN, C. R.; WILDE, R. *Direitos Humanos: referências essenciais*. São Paulo: Edusp, 2007.

HUGGINS, M.K. Tortura em dez lições. In: CARDIA, N.; ASTOLFI, R. *Tortura na era dos direitos humanos*. São Paulo: Edusp, 2014.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Relatório Mundial 2015: Brasil*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2015/country-chapters/268103#3ea6cd>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

JAKOBS, G.; MELIA, M. C. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

JOFFILY, M. Mecânica do interrogatório político. In: CARDIA, N.; ASTOLFI, R. *Tortura na era dos direitos humanos*. São Paulo: Edusp, 2014

MARTIN, M. Sessão de tortura de um idoso expõe brutalidade policial em Salvador. El País, São Paulo, 27ago. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/26/politica/1440625466_019495.html>. Acesso em: 21 mai. 2016.

NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA. *Banco de Dados da Imprensa sobre as Graves Violações de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=1378&Itemid=79. Acesso em: 26/01/2016.

 SUMÁRIO

 EXPEDIENTE

 APRESENTAÇÃO

 ENTREVISTAS

01 02 03

 ARTIGOS

01 02 03 04 05
06 07

 CONTO

POKEMPNER, D. O discurso do terror e a prevenção da tortura. In: CARDIA, N.; ASTOLFI, R. *Tortura na era dos direitos humanos*. São Paulo: Edusp, 2014.

POLICIAIS vão ser expulsos da corporação. Folha de S.Paulo, São Paulo, 01abr. 1997. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/4/01/cotidiano/25.html>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

RODIN, D. A proibição da tortura. In: CARDIA, N.; ASTOLFI, R. *Tortura na era dos direitos humanos*. São Paulo: Edusp, 2014.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, Resolução nº 08, de 21 de dezembro de 2012.

TROPA DE ELITE. Direção: José Padilha, Universal Pictures do Brasil, 2007 (1h55min).

TROPA do BOPE canta canções polêmicas; Globo News. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=oVZ1hHcbRm0>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

WILDE, R. Uma análise da Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: DEVINE, C.; HANSEN, C. R.; WILDE, R. *Direitos Humanos: referências essenciais*. São Paulo: Edusp, 2007.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

A TORTURA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS PARA A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TORTURA

Paula Nunes Mamede Rosa

Mestranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Membro do Grupo de Temas Atuais de Direito Penal da mesma Universidade. Associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

Resumo: O presente artigo, a partir das discussões teóricas acerca dos tipos penais referentes à tortura, busca analisar o que o Poder Judiciário considera como tortura, através da análise de decisões judiciais desclassificadoras de segunda instância. Dessa forma, parte-se da discussão sobre a previsão da tortura como crime comum, bem como pelo fato de ser um tipo penal aberto, com o conseqüente conflito aparente com outras normas. Ainda, considera-se a importância das decisões judiciais para a conformação do direito. Buscando-se, ao final, compreender exatamente quais são os elementos diferenciadores entre tortura e outros crimes (como maus tratos, lesão corporal e abuso de autoridade, por exemplo) ponderados pelos magistrados.

Palavras-chave: Tortura. Desclassificação. Poder Judiciário. Análise de decisões judiciais.

Abstract: This article, from the theoretical discussions on torture, seeks to analyze what the Judiciary Power considers torture, by analyzing declassifying court decisions from the Court of Appeals. Thus, what is taken into consideration is the discussion about the establishment of torture as a common crime as well as its apparent conflict with other crimes. The importance of judicial decisions for the shaping of law is also considered. Finally, the article seeks to understand exactly what are the differentiating elements between torture and other crimes (such as abuse, physical injury and abuse of authority, for example) weighted by the judges.

Keywords: Torture. Declassification. Judiciary Power. Court decisions analysis.

Sumário: Introdução; 1. O crime de tortura e o papel do Poder Judiciário; 2. Análise dos acórdãos; 2.1 Ausência de dolo específico; 2.2 Não comprovação de intenso sofrimento físico e mental; 2.3 Ausência de dolo e não comprovação do intenso sofrimento físico e mental; 2.4 Inconstitucionalidade da Lei nº 9.455/97; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em 2015 foi divulgada a pesquisa intitulada “Julgando a tortura: Análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010)”¹, realizada pela Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura (ACAT), Conectas Direitos Humanos, Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) e Pastoral Carcerária.

¹ *Julgando a tortura: análise de jurisprudência nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)*. 2015. Disponível em <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando%20a%20tortura.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.



Referida pesquisa lançou luz ao atual quadro da tortura no Brasil, traçando um perfil desse crime – apresentando dados como perfis das vítimas, dos acusados, do crime de tortura, local em que foi praticado, seu propósito, perfil dos processos, do recorrente e do pedido feito na ação, decisões de 1ª instância, decisões de 2ª instância, conversão das decisões (de 1º para 2º grau) – através da análise quantitativa de decisões judiciais de segunda instância em todas as unidades federativas do Brasil.

Dentre outros dados apresentados, constam as diversas fundamentações das decisões de 2ª instância, que foram divididas em categorias: (i) as provas contidas nos autos comprovam a tortura (condenação); (ii) as provas contidas nos autos e os relatos da vítima não comprovam a tortura (absolvição); e (iii) não foi considerado crime de tortura (desclassificação) ².

Considerada a quantidade de dados colhidos e as diversas possibilidades de interpretação e utilização de referidos dados, essa pesquisa não apenas trouxe para o debate público a questão da tortura no Brasil, como também serviu como ponto de partida para outras que virão.

Assim, tendo em vista que foram expostas no relatório da pesquisa as fundamentações das decisões judiciais, decidiu-se por escrever um artigo que fosse um desdobramento do “Julgando a Tortura”, com foco na análise das justificações dos acórdãos, que são fundamentais para a configuração da racionalidade do direito.

Com base principalmente no “Julgando a Tortura” e nas pesquisas de JESUS³, que problematiza a questão das subjetividades nos julgamentos dos crimes dessa natureza, decidiu-se analisar a construção jurisprudencial acerca da configuração da tortura.

Assim, a proposta do presente trabalho é verificar quais os argumentos e os elementos considerados pelos Magistrados para considerar configurado ou não o crime de tortura, razão pela qual foram selecionados os acórdãos utilizados na supracitada pesquisa cujas fundamentações foram no sentido da desclassificação⁴.

Para tanto, foi gentilmente compartilhado o banco de dados da referida pesquisa, do qual foram selecionados os acórdãos cujo resultado foi de desclassificação, independentemente da decisão de primeira instância. O resultado preliminar dessa seleção foi de 51 acórdãos, que foram em seguida pesquisados em cada sítio dos Tribunais de Justiça correspondentes, dos quais foram selecionados 34 (os acórdãos excluídos estavam em segredo de justiça ou não foram encontrados ou, ainda, a desclassificação era referente a outro crime etc.).

A tabela com os acórdãos que, ao final, compuseram a presente análise segue abaixo:

2 *Ibidem*, p. 53-55. Acesso em: 10 ago. 2015.

3 Ver: JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*. São Paulo: IBCCRIM, 2010; e JESUS, Maria Gorete Marques de. Os julgamentos de tortura: um estudo processual na cidade de São Paulo. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 3, n. 9, p. 143-172, jul./ago./set. 2010.

4 Aproveito a oportunidade para agradecer Maria Gorete Marques de Jesus pela gentileza em compartilhar o banco de dados da pesquisa “Julgando a Tortura”, para que se pudesse conduzir essa breve análise.



| Ref. | Estado | Relator | Número processo |
|----------|--------|-----------------------------|---|
| TJAC 01 | AC | Pedro Ranzi | 2006.001037-7 |
| TJDFT 01 | DF | Nilsoni De Freitas | 20050910112389APR |
| TJDFT 02 | DF | Silvânio Barbosa Dos Santos | 20070510000686APR |
| TJGO 01 | GO | Itaney Francisco Campos | 403864-43.2009.809.0000 (200904038640) |
| TJMG 01 | MG | Herculano Rodrigues | 1.0470.03.013646-4/001(1) |
| TJMG 02 | MG | Hyparco Immesi | 1.0024.03.982805-8/001(1) |
| TJMG 03 | MG | Hyparco Immesi | 1.0317.02.000645-6/001(2) |
| TJMG 04 | MG | Jane Silva | 1.0701.01.012445-4/001(1) |
| TJMG 05 | MG | Jose Antonino Baia Borges | 1.0027.05.066102-7/001(1) |
| TJMG 06 | MG | Jose Antonino Baia Borges | 1.0702.06.278004-5/001(1) |
| TJMG 07 | MG | Jose Antonino Baia Borges | 1.0372.09.041235-7/001(1) |
| TJMG 08 | MG | Marcia Milanez | 1.0103.06.000501-6/001(1) |
| TJMG 09 | MG | Marcia Milanez | 1.0611.06.018506-7/001(1) |
| TJMG 10 | MG | Paulo Cezar Dias | 1.0035.07.110408-3/001(1) |
| TJMG 11 | MG | Paulo Cezar Dias | 1.0177.04.000558-5/002(1) |
| TJMG 12 | MG | Paulo Cezar Dias | 1.0209.03.024283-5/001(1) |
| TJMG 13 | MG | Paulo Cezar Dias | 1.0701.06.160424-8/001(1) |
| TJMG 14 | MG | Paulo Cezar Dias | 1.0439.02.009559-2/001(1) |
| TJMG 15 | MG | Vieira De Brito | 1.0470.01.000049-0/001(1) |
| TJMT 01 | MT | José Jurandir De Lima | 42317/2009 |
| TJMT 02 | MT | Carlos Roberto C. Pinheiro | 32558/2007 |
| TJPB 01 | PB | Nilo Luis Ramalho Vieira | 055.2003.001673-1 |
| TJPE 01 | PE | Helena Caúla Reis | 0172773-9 |
| TJPI 01 | PI | Erivan José Da Silva Lopes | 2009.0001.003308-2 |
| TJPR 01 | PR | Luiz Osorio Moraes Panza | 665213-7 |



| Ref. | Estado | Relator | Número processo |
|---------|--------|----------------------------|-----------------|
| TJRJ 01 | RJ | Alexandre H P Varella | 200605006533 |
| TJRJ 02 | RJ | Gilmar Augusto Teixeira | 3592/2006 |
| TJRJ 03 | RJ | Ricardo Bustamante | 4333/2009 |
| TJRJ 04 | RJ | Sergio Verani | 2924/2005 |
| TJRJ 05 | RJ | Siro Darlan De Oliveira | 200805005925 |
| TJRN 01 | RN | A Maria Zeneide Bezerra | 2009.001403-7 |
| TJRS 01 | RS | Marcel Esquivel Hoppe | 70027531235 |
| TJRS 02 | RS | Manuel José Martinez Lucas | 70019981380 |
| TJSE 01 | SE | Edson Ulisses De Melo | 20095826 |

O artigo é, então, dividido em duas partes principais, sendo a primeira dedicada à exposição dos pressupostos do artigo, na qual será feita uma breve apresentação do crime de tortura e da importância da pesquisa jurisprudencial na dimensão da justificação, e a segunda parte será dedicada à pesquisa empírica, ou seja, será feita a análise das linhas argumentativas encontradas.

1. O crime de tortura e o papel do Poder Judiciário

Apesar de ser signatário da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Desumanas, Cruéis ou Degradantes, que foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1984, sendo incorporada ao direito interno por meio do Decreto nº 40 de 15 de dezembro de 1991 – bem como haver mandamento constitucional expresso de criminalização, no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal –, foi somente em 07 de abril de 1997, por meio da Lei nº 9.455, que o crime de tortura foi tipificado.

Referida lei possui 04 artigos, sendo que o primeiro prevê as hipóteses que configuram o delito de tortura, como as denominadas tortura-prova/crime/discriminação (art. 1º, I, “a”, “b” e “c”, da Lei nº 9.455) e a tortura-castigo (art. 1º, II), situação equiparada (art. 1º, §1º), a forma omissiva do crime (art. 1º, §2º), quando resulta em lesões corporais ou morte (art. 1º, §3º), causas de aumento (art. 1º, §4º, I, II e III) e efeitos específicos da condenação (art. 1º, §5º). Ainda, repete comando constitucional de que o crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 1º, §6º), bem como estabelece a obrigatoriedade do regime inicial fechado (art. 1º, §7º).⁵

⁵ Essa lei estabeleceu, ainda, em seu art. 2º, que o disposto nela é aplicável “ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira”. E, por fim, em seu art. 4º, revoga o art. 233 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), artigo que previa hipótese de tortura em face de crianças, anterior à lei de tortura que regulamenta citado crime como um todo.



Para os fins do presente trabalho, dois aspectos dessa lei devem ser destacados: o crime de tortura foi previsto em tipos penais abertos e como crime comum (em oposição ao crime próprio estabelecido pelas convenções internacionais).

O tipo penal aberto, que deixa a cargo do intérprete completar o tipo, dentro de seus limites e suas indicações, permite grande margem de interpretação⁶, que fica, ao final de todo o processo, a cargo do magistrado.

Ainda, ser a tortura prevista como crime comum e não como crime próprio, ou seja, podendo qualquer pessoa ser agente ativo desse crime, e não apenas agentes do Estado, acabou fazendo com que padrastos e madrastas, pais e mães e até tios fossem condenados por tortura no âmbito doméstico, bem como facilitou sua desclassificação para crimes com penas mais baixas como maus tratos, lesão corporal ou abuso de autoridade⁷. Além disso, outra crítica formulada foi de que a previsão do crime de tortura como sendo passível de ser praticada por um particular dilui e relativiza a responsabilidade do Estado pelos crimes cometidos por seus agentes^{8, 9}.

Assim, a Lei nº 9455/97, ao prever a tortura em tipo penal aberto, com definição vaga, e como sendo crime comum, criou um aparente conflito com outros crimes, como maus tratos (art. 136 do Código Penal), lesões corporais (art. 129 do Código Penal) e abuso de autoridade (arts. 3º e 4º da Lei nº 4.898/65).

A tortura-castigo e os maus tratos são aparentemente conflitantes, pois ambos prevêm um vínculo específico entre agressor e vítima, no qual esta está sob a “autoridade, guarda ou vigilância” (maus tratos) ou “guarda, poder ou autoridade” (tortura) daquele. Ainda, a tortura-castigo resta configurada quando há a submissão da vítima “a intenso sofrimento físico ou mental” com a finalidade de “aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”, enquanto os maus tratos se aperfeiçoam quando há exposição da vida ou saúde da vítima a perigo, pelo abuso de “meios de correção ou disciplina”. Ou seja, é insuficiente a mera interpretação gramatical dos tipos penais para que possam ser diferenciados, uma vez que ambos os crimes possuem elementos muito vagos que de alguma forma se aproximam.

BASTOS diferencia os dois crimes pela quantidade de sofrimento imposto e a vontade de fazê-lo, o que não se confunde com a motivação, pois ambos os crimes são cometidos com o propósito de castigar. Além disso, na tortura

6 “Na construção do tipo penal, pode o legislador adotar critérios diferenciados. O primeiro consiste na descrição completa das condutas, sem deixar ao intérprete, praticamente, outra tarefa além da constatação da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica. Tal critério conduz à criação dos tipos ‘fechados’. O segundo critério consiste na descrição incompleta do modelo de conduta proibida, transferindo-se para o intérprete o encargo de completar o tipo, dentro dos limites e das indicações nele próprio contidas. São os denominados tipos ‘abertos’. O inconveniente deste segundo critério é exatamente o de apresentar certo regime de ‘indeterminação’ que pode conduzir a uma negação do próprio princípio da legalidade, pelo emprego de elementos do tipo sem precisão semântica.” In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. Algumas notas sobre a nova lei de tortura (Lei nº 9455 de 7 de abril de 1997). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 54, p. 2, mai. 1997.

7 JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 60.

8 *Idem*, p. 62.

9 SARLET, em discussão acerca da constitucionalidade da previsão da tortura como crime comum, em oposição às convenções internacionais de direitos humanos já internalizadas, que possuem hierarquia supralegal, conclui pela constitucionalidade da lei nesse sentido, argumentando que o legislador está vinculado às disposições constitucionais para construir fundamento mínimos de tutela penal, e não de observar limites máximos. Além disso, traz para o debate o art. 1, item 2, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Desumanas, Cruéis ou Degradantes, que estabelece que “[o] presente artigo não prejudica a aplicação de qualquer instrumento internacional ou lei nacional que contenha ou possa vir a conter disposições de alcance mais amplo”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 113, p. 134-135, mar./abr. 2015.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



há o efetivo dano (“intenso sofrimento físico e mental”) enquanto para a configuração dos maus tratos basta a exposição a perigo¹⁰.

SARLET propõe a seguinte diferenciação entre maus tratos, tortura e lesão corporal:

(i) O crime de maus-tratos, inclusive pelo que significa em termos de menor reprovação político-criminal, permanece literalmente como sendo de incidência excepcionalíssima; essa a função precípua de um crime de perigo, de aplicação subsidiária, que há de ser aplicado apenas para situações de meras vias de fato no âmbito doméstico ou lesões de baixo conteúdo de injusto, evidenciado e pertinente o fim educativo;

(ii) Já o crime de tortura tipifica-se, também pelo que significa em termos de maior reprovação político-criminal, nos casos em que o domínio parental, orientado para castigar ou prevenir condutas filiais, sendo externalizada por meio de violência ou grave ameaça, substancia-se em resultado de intenso sofrimento físico e mental – devendo ser verificado com critérios apertados o correlato elevado grau de injusto;

(iii) Outrossim, quando materializadas lesões corporais na atuação dos pais sobre os filhos, mas não na extensão e/ou intensidade exigíveis para o gravoso patamar da tortura, a desclassificação primária (salvo peculiaridades que justifiquem saltar o degrau direito para os maus tratos) ocorre para a figura da lesão corporal no contexto da violência doméstica.¹¹

Quanto ao conflito com o crime de abuso de autoridade, a diferença reside no resultado da ação dos agentes, ou seja, se houve intenso sofrimento físico e mental, de acordo com os intérpretes¹².

Assim, a configuração do crime de tortura depende do caso concreto e dos elementos que são considerados e valorados pelos atores processuais, dependendo da interpretação destes do que seria “intenso sofrimento físico e mental” e como as provas são valoradas por eles. Esse amplo espaço para a interpretação aumenta a dose de subjetividade na configuração desse crime, sendo a palavra final do Magistrado que julga a causa.

O poder criativo dos juízes já tem sido amplamente aceito pela doutrina mais moderna, ao contrário dos ideais de legalidade e taxatividade absolutos defendidos pelos iluministas anteriormente. Atualmente tem-se que tudo se interpreta e os juízes criam norma e direito nos casos concretos que analisam, adaptando o direito estático aos eventos e conflitos da vida humana. REALE constata que o alcance da jurisprudência aumenta a cada dia, especialmente em decorrência da produção legislativa e da criação de normas cada vez mais genéricas, como os tipos abertos, que devem ser ajustados às especificidades das relações sociais¹³.

Advoga, ainda, em favor da jurisprudência como fonte do direito, uma vez que o juiz declara o que é o direito no caso concreto, criando norma a partir da sua interpretação da lei¹⁴.

10 BASTOS, João José Caldeira. Maus tratos: interpretação do código penal e confronto com o delito de tortura. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 147, jul./set. 2001.

11 SARLET, *op. cit.*, p. 138-139.

12 JESUS, *op. cit.*, p. 69.

13 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24a ed. 3a tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 169.

14 *Idem*, p. 169



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTOS

Esse entendimento de REALE dialoga com a teoria de BOURDIEU sobre o direito, segundo a qual a disputa do poder simbólico dentro do campo jurídico é o monopólio “do direito de decidir o direito”¹⁵. Assim, embora exista um corpo de leis já existentes, há uma disputa entre os agentes do campo jurídico para ter reconhecida sua capacidade de interpretar e, assim, de dizer o direito¹⁶.

O juiz teria a função de intérprete último, mas criaria uma aparência de mera aplicação da lei e tenderia a dissimular sua criação jurídica¹⁷. No entanto, de acordo com BOURDIEU, são as decisões proferidas pelo Poder Judiciário que dizem o que é o direito, possuindo o que ele chama de “poder de nomeação”.

Nesse sentido, essas decisões são a última palavra acerca do que está sendo disputado dentro do campo jurídico, assumindo a forma máxima de exercício do poder simbólico, sendo legitimada pelo Estado e possuindo autoridade. O autor, ainda, chama a atenção para o fato de que tais decisões são tidas como verdade, tanto que se chamam *veredicto*.

Assim, a partir do momento que o Poder Judiciário tem suas decisões impostas a todos, revestidas de autoridade e legitimidade, dispondo de todo o aparato estatal para fazer valer o que declarou como sendo o direito, ele possui o monopólio de violência simbólica legítima¹⁸.

Dessa forma, é inegável que o Poder Judiciário possui poder criativo, ainda mais quando se trata de interpretar uma norma em branco, sendo a sua decisão aquilo que valerá no caso concreto, e sendo a sua interpretação o direito que refletirá na realidade.

Nessa linha, a proposta que ora se faz é de estudar o que é a tortura no direito concretizado em sua aplicação prática, ou seja, o que o Poder Judiciário entende como sendo tortura e como preenche a norma penal aberta criada pelo legislador.

2. Análise dos acórdãos

Primeiramente, vale expor um sucinto panorama dos 34 acórdãos que compuseram a pesquisa exposta no presente artigo. Desse total, 07 decisões judiciais são resultado de julgamentos de apelações tanto defensivas quanto ministeriais; 21 são resultado de julgamentos de apelações exclusivamente da defesa; e 06 são devidas a apelos exclusivamente pelo Ministério Público.

15 O poder simbólico seria “o poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo”, sendo, assim, um poder quase mágico, que só pode ser exercido se for reconhecido, ignorado como arbitrário, que requer a cumplicidade daqueles que estão sujeitos a ele, bem como daqueles que o exercem, na própria estrutura do campo, onde se produz e se reproduz a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 16ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 14-15.

16 GARCÍA INDA, Andrés. Introducción: la razón del derecho: entre *habitus* y campo. In: BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Tradutores diversos. Bilbao, Espanha: Desclée de Brouwer, 2001, p. 40.

17 BOURDIEU, *op. cit.*, p. 219.

18 BOURDIEU, *op. cit.*, 236-237.



Quanto aos agentes dos processos, 23 casos tiveram envolvimento de agentes privados e 12 tiveram envolvimento de agentes públicos, sendo que um destes contou com a participação de agentes privado e público. Mais detalhes na tabela abaixo:

| Agentes | Quantidade de casos |
|---|---------------------|
| Funcionária de asilo | 01 |
| Parentes (genitores, genitoras, padrastos, companheiros das genitoras, companheiro da vítima, pai adotivo e tios) | 16 |
| Seguranças privados | 01 |
| Privados - outros (sem parentesco com as vítimas) | 05 |
| Policiais civis | 05 |
| Policiais militares | 06 |
| Policiais civis e agentes penitenciários | 01 |

O crime de tortura foi desclassificado para os crimes de abuso de autoridade (06 casos); maus tratos (14 casos); lesão corporal (10 casos); lesão corporal em concurso com violência arbitrária (01 caso); lesão corporal em concurso com cárcere privado (01 caso); lesão corporal seguida de morte (01 caso); lesão corporal e constrangimento ilegal (01 caso)¹⁹.

Quanto às justificações das decisões judiciais, foram identificadas 03 principais linhas argumentativas para a desclassificação do delito de tortura: ausência de dolo específico; não comprovação de intenso sofrimento físico e mental; e inconstitucionalidade da Lei nº 9.455/97.

2.1 Ausência de dolo específico

A ausência de dolo específico foi a linha argumentativa mais recorrente²⁰, que também em diversos casos compôs o discurso da desclassificação com a não comprovação de intenso sofrimento físico e mental²¹.

Pergunta-se, então: para os magistrados, qual seria o dolo específico do crime de tortura?

19 Importante destacar que diversos casos versavam sobre tortura e outros crimes. Quando isso ocorreu, no entanto, para os fins do presente artigo, a conduta referente à tortura foi isolada das demais e analisada.

20 TJAC 01, TJDFT 01, TJMG 04, TJMG 10, TJPR 01, TJRJ 01, TJRJ 02, TJRJ 03, TJRJ 05, TJRN 01, TJRS 01, TJRS 02.

21 TJDFT 02, TJGO 01, TJPB 01, TJSE 01.



Em um dos casos, o dolo foi compreendido como aquele de causar dano à vítima, tendo os magistrados argumentado no sentido de que as lesões causadas nas vítimas se deram por negligência dos policiais (TJAC 01)²².

Em outro caso, o dolo aparece como vontade não apenas de causar dano à pessoa, mas também devendo ser direcionado para a intensidade do dano que se está causando. Assim, para caracterizar o crime de tortura, não bastaria causar dano e, conseqüentemente, a vítima sofrer intensamente, mas o agente deveria ter o dolo de causar o *intenso* sofrimento:

No entanto, os peritos entenderam que as lesões sofridas pela vítima são de natureza leve.

Desta forma, entendo que inexistem provas suficientes a demonstrar que o apelante teve o dolo de causar, ao ofendido, uma lesão capaz provocar um intenso sofrimento físico ou mental.

[...]

Portanto, a violência exercida não se revela suficiente a configurar o crime de tortura, entendo que deve haver a desclassificação para o delito de maus tratos tipificado no art. 136 do Estatuto Repressivo [...]. (TJRN 01 – sem grifos no original)

No restante dos casos, no entanto, o dolo foi afastado pela motivação dos agentes, de correção. Pela leitura dos acórdãos, observa-se que há confusão entre o dolo e a motivação. Em um caso, a correção como objetivo do crime de tortura não foi reconhecida pelo magistrado²³.

A tortura, assim, é entendida como caracterizada quando o agente visa, com a sua conduta, a causar intenso sofrimento físico ou mental pelo simples prazer em fazê-lo, devendo haver sadismo no seu comportamento. Dessa forma, pode haver dolo de dano, mas a motivação (de correção) o afastaria, razão pela qual se afirma que há confusão entre esses dois elementos:

Sabe-se que o crime de tortura é aquele praticado por puro sadismo imotivado. Segundo Guilherme de Souza Nucci, o dolo específico do agente neste delito “**é o de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo**”, acrescentando que “**não se trata de submeter alguém a uma situação de mero maltrato, mas, sim, ir além disso, atingindo uma forma de ferir com prazer ou outro sentimento igualmente reles para o contexto**”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 1. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 738)

Já o crime de maus tratos diz respeito ao propósito de punir para corrigir, o que, a meu ver, foi o que ocorreu no caso em tela. Ou seja, o réu agiu motivado pelo desejo de corrigir a menor, pelo fato desta ter faltado a aula e deixado

²² Fatos apurados: Os acusados, policiais militares, teriam dado socos e pontapés em ambas as vítimas, bem como colocado-as sobre um formigueiro previamente “assanhado” por um dos policiais, expondo as vítimas à ação dos insetos, com o fim de obter informação sobre o tráfico de drogas na região.

²³ O magistrado cita doutrina: “A tortura refere-se ao flagelo, ao martírio, à maldade, praticados por puro sadismo, imotivado ou na expectativa de extorquir notícia, confissão ou informação qualquer, *sem se ligar a um sentimento de castigo, de reprimenda*, por ato que se repute errôneo, impensado, mal-educado, ao passo que o delito de maus tratos, diferentemente, diz respeito ao propósito de punir, de castigar para censurar ou emendar”. (CP Comentado, Fernando Capez e Stela Prado, pág. 259 e 260).” (TJRJ 05 – original sem grifos). Fatos apurados: o genitor da vítima teria desferido socos em seu rosto, lançado-a contra a parede e ainda, lhe cingido com as mãos a garganta, apertando-a.



de fazer a prova que estava marcada, deu-lhe uma surra, embora de forma exacerbada, causando-lhe sofrimento excessivo. (TJDFT 01 – grifos nossos)²⁴

No crime que se examina, assim como no do artigo 136 do Código Penal, o elemento subjetivo da conduta é o dolo, sendo que **no primeiro [a tortura] o agente empreende a conduta com a típica vontade de torturar, de causar um sofrimento físico ou mental insuportável, pelo simples prazer de ver a vítima sofrer**, ainda que diga que agiu no intuito de castigá-la ou agir preventivamente; **no segundo, a conduta também é dolosa, mas não se volta para o simples prazer de fazer a vítima sofrer, de desrespeitá-la, mas sim de educá-la através do castigo, embora venha a comprometer a sua saúde, colocando em risco até a sua própria vida.**

[...] ainda que se mostrem altamente abusivos os castigos impostos, não percebo que tenham sido aplicados com a finalidade de impor às crianças um sofrimento maior pelo simples prazer de fazê-lo, mas sim com o objetivo de coibir algumas condutas, próprias de crianças, mas que o réu, pessoa rude e ainda dada ao uso de drogas, segundo sua companheira, já tendo sido internado, inclusive em “fazendinhas de recuperação”, não era capaz de assim entendê-las. (TJMG 04 – grifos nossos)²⁵

Diante da análise dos elementos que compõem o tipo penal, em confronto com o acervo probatório constante dos autos, não se vislumbra na conduta dos apelantes as elementares integrativas do delito de tortura, **tudo não passando de ação desastrosa dos policiais**, após injusta provocação da vítima, **que sob domínio de violenta emoção, objetivavam aplicar um corretivo na vítima, vindo, ainda que acidentalmente, a causar-lhe lesões que foram a causa eficiente de sua morte.**

[...]

Assim, impelidos pela violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima e, não de maneira premeditada ou arquitetada, contando com a participação omissiva ou comissiva dos apelantes, cada um assumindo um papel relevante nas sessões de agressões contra a vítima, devem, pois, serem responsabilizados pelos seus atos.

Em razão dos excessos praticados no meio utilizado para a “correção” da vítima, tais agressões resultaram no falecimento da vítima [...] em decorrência de hemorragia interna secundária e traumatismo tóraco-abdominal e politraumatismos, segundo auto de corpo de delito de f. 135- 136.

Ora, se a vítima não tivesse atirado fezes contra os réus [...], após apresentar-se descontente com a sua custódia, o mesmo não seria submetido a qualquer tipo de agressão ou castigo, pois os agentes buscavam retirá-lo da cela, para colocá-lo em liberdade.

Destaque-se, ainda, que houve de fato uma demora na prestação de socorro à vítima, não tendo esta sido imediatamente conduzida ao hospital de modo a receber o tratamento adequado, o que pode ter agravado as lesões, vindo a ocasionar o seu falecimento.

²⁴ Fatos apurados: o genitor da vítima teria agredido-a com golpes no corpo todo, utilizando-se de uma cinta. Posteriormente, teria ameaçado a vítima de bater-lhe novamente, com a fivela do cinto, bem como disse que iria fazê-la engolir o cinto.

²⁵ Fatos apurados: o padrasto de duas crianças teria agredido-as com uma mangueira, uma porque chorava demais (1 ano e 09 meses) e a outra porque perdeu o troco de seu cigarro (09 anos).



Pelas declarações prestadas ao longo da instrução criminal, percebe-se que, em momento algum, os apelantes tiveram a intenção de torturar a vítima, sendo os seus dolos única e exclusivamente destinados à aplicar um corretivo nesta, ainda que de forma omissiva, razão porque passaram a agredi-la, agindo com abusos e excessos, comovidos pelo fato daquele ter atirado fezes contra os policiais.

Sabe-se que uma decisão condenatória, pela sua gravidade e repercussão, deve estar sempre calcada em provas seguras e inquestionáveis, o que não se verifica na hipótese em julgamento em relação ao crime de tortura, mas sim o delito de lesões corporais seguida de morte, **pois o objetivo dos agentes não era torturar a vítima, mas, apenas aplicar-lhe um corretivo, no qual se excederam.** (TJMG 10 – grifos nossos)²⁶

A distinção entre maus tratos e tortura se faz diante do elemento subjetivo. Se o fato é cometido pelo sujeito para fins de correção, censura ou reprimenda, havendo abuso, trata-se maus tratos (crime comum). Não ocorrendo essa finalidade, realizado o fato somente para que a vítima sofra, cuida-se de tortura (delito especial). (TJRJ 01)²⁷

Contudo, tal comportamento anormal não caracteriza, certamente, o crime de tortura que é praticado por puro sadismo imotivado e sim o de maus-tratos, que diz respeito ao propósito de punir. (TJRJ 02)

Vale lembrar ainda que “A questão dos maus tratos e da tortura deve ser resolvida perguntando-se o elemento volitivo. **Se o que motivou o agente foi o desejo de corrigir, embora o meio empregado tenha sido desumano e cruel, o crime é de maus tratos.** Se a conduta não tem outro móvel senão o de fazer sofrer, por prazer, ódio ou qualquer outro sentimento vil, então pode ela ser considerada tortura” (RJ TJSP, 148/280). (TJRJ 03– grifos nossos)²⁸

Sabe-se que o crime de tortura é aquele praticado por puro sadismo imotivado. [...] Já o crime de maus tratos diz respeito ao propósito de punir para corrigir, o que, no meu entender, foi o que ocorreu no caso em tela. Tendo sido os agentes motivados pelo desejo de corrigir o menor, ainda que tenham agido de forma cruel, causando sofrimento excessivo à vítima, trata-se de maus-tratos. (TJRS 01)²⁹

De outra parte, evidentemente não se vislumbra, na conduta da ré, a intenção sádica de fazer a vítima experimentar sofrimento físico e emocional, o que se exige para a caracterização do delito de tortura. [...]

26 Fatos apurados: policiais civis e agentes penitenciários teriam algemado a vítima às barras da cela, agredido-a com cassetete, tendo a vítima sido, em seguida, deixada até 4 da manhã na cela, quando então parte dos acusados a levaram para a parte externa da cadeia e a deixaram na calçada da rua. Ela foi, então, socorrida e levada ao pronto socorro municipal, mas faleceu em decorrência das lesões.

27 Fatos apurados: o genitor da vítima (que possuía, à época, 05 anos de idade) teria agredido-a com a utilização de cinto, pedaços de paus, tamanco, bem como jogado-a no chão com violência, atirando um cinzeiro contra sua cabeça e, ainda, colocado-a de castigo de pé dentro de um quarto com a porta trancada durante longo tempo, bem como desferido golpes com um cabo de vassoura contra sua cabeça e boca.

28 Fatos apurados: o padrasto da vítima teria agredido-a com cinto, socos, além de outros meios, utilizando inclusive uma faca para fazer cortes no pênis da criança.

29 Fatos apurados: os acusados, padrasto e mãe da vítima, de 03 anos de idade, a pretexto de castigá-la, teriam desferido inúmeros golpes contra a criança, espancando-a com brutalidade e causando-lhe múltiplas lesões, inclusive com emprego de facão, atingindo-a no rosto, na cabeça, nas orelhas, no peito, nas costas, nas nádegas, nas pernas e nos pés, bem como teriam queimado-a nas mãos e deixado-a de molho em um tanque com água fria. Ainda, havia lesões mais recentes e mais antigas.



[...] o crime de tortura é condizente com situações graves e extremadas, em que existe efetivo sofrimento físico ou mental, o que não se verifica neste processo, que trata de caso isolado na vida da ré e da vítima, que, embora altamente reprovável, certamente não constitui tortura. (TJRS 02- grifos nossos)³⁰

No entanto, conforme já visto, a motivação do crime de tortura não serve para diferenciá-la dos maus tratos, uma vez que aquela, na modalidade tortura-castigo, prevê a mesma finalidade, diferenciando-se um crime do outro pela intensidade do sofrimento causado. A conduta do agente, ainda, não precisa ser voltada para causar o intenso sofrimento, uma vez que este é subjetivamente sentido pela vítima, bastando que as agressões tenham sido dolosas.

Outrossim, a maioria dos dispositivos que tratam da tortura prevê uma finalidade para o ato praticado pelo agente, cuja motivação não é o de simplesmente fazer sofrer por prazer, sadismo. Nesse sentido, SARLET observa que “a ‘tortura gratuita’, simples e terrível ato de sadismo, praticada entre estranhos, fortuita talvez, encontrará séria dificuldade de enquadramento típico no direito brasileiro”³¹.

Com a adoção de tal linha de entendimento, os magistrados acabaram por desclassificar, para crimes menos graves, condutas como extrema violência policial, queimaduras e cortes no pênis de crianças, estrangulamento de adolescente pelo genitor etc.

2.2 Não comprovação de intenso sofrimento físico e mental

A não comprovação de intenso sofrimento físico e mental foi também recorrente para a desclassificação das condutas inicialmente compreendidas pelo Ministério Público como tortura³², bem como por vezes compôs o discurso juntamente com a ausência de dolo específico.

Surge, assim, outro questionamento: o que seria intenso sofrimento físico e mental e quais são os critérios adotados pelos magistrados para entendê-lo como caracterizado?

Para verificação da intensidade do sofrimento, os magistrados utilizaram laudos, formas de execução, tipos de agressões perpetradas, duração das agressões e mesmo provas testemunhais:

Com efeito, restou devidamente comprovado o fato de que o menor foi agredido pelos denunciados. Não obstante, não é toda agressão que configura delito de tortura, previsto no inc. II do art. 1º da Lei 9.455/97, mas somente aquela de caráter bárbaro, martirizante, reveladora de extrema crueldade e capaz de causar à vítima atroz sofrimento, verdadeiro suplício, tanto que o tipo legal prevê intenso sofrimento físico e mental.

No caso dos autos, pelo que revela a prova e, em especial, o auto de corpo de delito, realizado no dia seguinte aos fatos, as agressões perpetradas contra vítima não se revestiram de tal caráter. A vítima não foi martirizada e nem sofreu intenso padecimento físico e mental, por mais subjetivo que seja dimensionar essa intensidade.

³⁰ Fatos apurados: a funcionária do asilo no qual a vítima estava teria segurado-a pelos braços embaixo do chuveiro e empurrado-a para trás, fazendo com a vítima caísse de costas e batesse a nuca no piso do banheiro, além de humilhá-la, dizendo que iria jogar no lixo suas roupas e chinelos para não ter que limpá-los.

³¹ SARLET, *op. cit.*, p. 140.

³² TJMG 01, TJMG 02, TJMG 08, TJMG 09, TJMG 13, TJMG 15, TJMT 01, TJMT 02, TJPE 01, TJPI 01.



Ainda que abomináveis, reconhecer como tortura os atos praticados pelos réus seria conferir extrema largueza ao tipo penal, na medida em que qualquer agressão perpetrada por agente público poderia configurar o delito em questão.

Não me parece ser este o objetivo do legislador, que, teve por objetivo punir aquela ação que se caracteriza pela utilização de inaceitável, desumana e abusiva crueldade contra a vítima, exasperando sobremaneira o seu sofrimento físico e moral. (TJMG 02 – grifos nossos)³³

Noutras palavras, para a configuração da tortura (delito cuja incursão impõe rigorosas consequências, previstas no plano constitucional e legal), não basta o emprego da violência para a consecução de um constrangimento animado por um dolo específico; **é necessário que desta violência decorra um estado de penúria, padecimento, martirização da vítima.**

[...]

Assim, delineado o significado do “sofrimento físico” exigido pelo tipo penal em comento, **observo que as agressões sofridas por Aroldo não se revestiram de tal caráter: não foram elas prolongadas no tempo (ao que indica a prova coligida, o embate físico durou apenas alguns minutos), assim como também não foram perpetradas com violência exacerbada ou crueldade. Ao que parece, a vítima recebeu alguns tapas e safanões, os quais lhe deixaram alguns pequenos hematomas que nem sequer foram notados pelas pessoas que tiveram contato visual com Aroldo, conforme já salientado. Aliás, interessante salientar que o próprio ofendido, mesmo em suas declarações em inquérito, afirmou que “das agressões que sofreu não houve hematomas” [...]**

Neste contexto, em que a própria vítima não demonstra que tenha “sofrido”, inexistindo qualquer prova de uma dor aguda, intensa e contínua, ou de um padecimento significativo, na concepção alhures mencionada, improcede a condenação dos apelantes pelo crime de tortura, razão pela qual, por melhor adequação típica e com base nos dados já citados, considero os mesmos como incursos no crime de lesões corporais leves. (TJMG 08 – grifos nossos)³⁴

Desde logo, percebe-se que o delito em tela apresenta dois elementos diferenciais relevantes, que o distinguem de outros crimes de mesmo gênero: a tortura demanda um dolo específico, uma finalidade especial de agir (o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa), bem como impescinde de um resultado mais gravoso do que um lesionamento corriqueiro (causando-lhe sofrimento físico ou mental). São justamente nestas particularidades que o crime de tortura afasta-se do conflito aparente de normas em face de outros tipos penais, tais como os referentes aos crimes de lesões corporais, constrangimento ilegal, ameaça, abuso de autoridade, maus tratos, dentre outros.

Tal ponderação parece-me inafastável no presente caso, porque, pelo cotejo do conjunto probatório coligido, não vislumbro que as agressões sofridas por José Aparecido, inequivocamente censuráveis e repreensíveis, tenham lhe

³³ Fatos apurados: A vítima teria sido agredida com chutes, tapas, além de ter sido espancada com uma pasta e uma caixa de ferramentas. Depois, teriam mandado a vítima ficar de quatro e bateram com um cabo de vassoura em seus órgãos genitais e, sem seguida, introduziram o cabo em seu ânus.

³⁴ Fatos apurados: A vítima teria sido constangida, mediante arma de fogo, a se dirigir até um local afastado, onde recebeu socos, pontapés e coronhadas, para confessar um furto.



impingido o “sofrimento físico ou mental” caracterizador do crime de tortura. O sofrimento foi inserido no art. 1o, I, da Lei no 9.455/97, justamente por representar um *plus* ao constrangimento violento.

Noutras palavras, para a configuração da tortura (delito cuja incursão impõe rigorosas consequências, previstas no plano constitucional e legal), não basta o emprego da violência para a consecução de um constrangimento animado por um dolo específico; é necessário que desta violência decorra um estado de penúria, padecimento, martirização da vítima.

Assim delineado o significado do “sofrimento físico” exigido pelo tipo penal em comento, observo que as agressões sofridas por José Aparecido não se revestiram de tal caráter: não foram elas prolongadas no tempo, assim como também não foram perpetradas com violência exacerbada ou crueldade. Ao que parece, a vítima recebeu alguns tapas e socos, os quais lhe deixaram tão-somente um “hematoma discreto na região palmar da ma o direita» (fl. 24).

Outrossim, a prova testemunhal não esclareceu se a vítima apresentava lesões mais graves. Neste contexto, inexistindo qualquer prova de uma dor aguda, intensa e contínua, ou de um padecimento significativo, na concepção alhures mencionada, improcede a condenação dos acusados pelo crime de tortura, razão pela qual, por melhor adequação típica e com base nos dados já citados, considero os mesmos como incursos no crime de lesões corporais leves. (TJMG 09- grifos nossos)³⁵

No entanto, no que se refere à análise, pelos magistrados, do que seria o intenso sofrimento físico ou mental, os acórdãos mantêm-se genéricos, limitando-se a estabelecer que naquele caso concreto não há intenso sofrimento, sem dizer, no entanto, o que ele seria, conforme se pode observar dos trechos acima, bem como dos a seguir:

Explico: o crime de tortura, segundo penso, é aquele que causa um sofrimento à vítima exacerbado, fora do comum, não podendo qualquer sofrimento ou agressão ser elevado a crime de tortura, pois banalizaríamos o instituto.

[...]

Diante de tal escólio, em análise detida dos autos, não encontro os requisitos para que reste configurado o crime de tortura, havendo, sim, fortes indícios de que os denunciados agrediram e causaram sofrimento à vítima.

Portanto, tenho que a conduta em julgamento não se amolda ao tipo penal do crime de tortura, sendo que tal conclusão, contudo, não implica em absolvição dos apelantes, pois, a meu ver, os fatos narrados na exordial se subsumem aos tipos penais de lesões corporais de natureza grave [...]. (TJMG 13)³⁶

³⁵ Fatos apurados: A vítima teria sido levada pelos acusados até a delegacia, suspeita de furtar um tacógrafo, onde os acusados a interrogaram a respeito do crime, constrangendo-a e causando-lhe sofrimento físico, com o fim de obter confissão e/ou informação, batendo em suas mãos, no peito e na cabeça, desferindo-lhe socos no olho e murros nas costas.

³⁶ Fatos apurados: As vítimas teriam sido agredidas com o fim de obter informações sobre um aparelho televisor que teriam roubado momentos antes. As agressões consistiram em tapas no rosto e socos na altura dos rins. Quando a vítima estava caída ao solo, algemada, os acusados ainda teriam desferido-lhe chutes e socos, colocando-a com a face voltada para o chão e pressionando o corpo com um dos pés, além de terem retirado o calçado da vítima e golpeado a sola dos seus pés com um cassetete. Com a outra vítima, teriam colocado uma corda em seu pescoço e puxado-a para trás, asfixiando-a, para obter informações sobre a res furtiva.



Com efeito, não é toda agressão que configura delito de tortura, mas somente aquela de caráter bárbaro, martirizante, reveladora de extrema crueldade e capaz de causar à vítima grande sofrimento, verdadeiro suplício, tanto que o tipo legal prevê intenso sofrimento físico e mental.

[...]

Não se discute a reprovabilidade da conduta dos policiais, porém não há como reconhecer os atos praticados pelos apelados como tortura, quando o que houve, efetivamente, foi um inequívoco atentado à incolumidade física da vítima, a caracterizar o crime de abuso de autoridade. (TJMT 01)³⁷

Não se vê na hipótese a prática de tortura aquela em que a pessoa é submetida a um intenso sofrimento mental ou físico como ocorre com aqueles infratores submetidos à autoridade policial para confessarem a prática de infração penal.

[...]

E assim o balanço dos fatos revela que o apelante não bateu no menor com o chicote mencionado “pirain” a ponto de torturá-lo; nem há certeza de que seja ele o autor das queimaduras atribuídas pela sentença; bem como outras conclusões aleatórias nesse sentido.

Nesse conceito impera a necessidade de obtemperar o registro dos fatos e não agravá-los totalmente em desfavor do pai, ora apelante. E assim é porque para o quadro criminoso concorre a total desnutrição física do menor (fotos anexas). O próprio laudo deixa clara a incerteza da situação em que vive a criança (vítima) não obstante insinue maus tratos por essa provocação [...] [trecho do laudo:] Ao exame encontramos uma criança apática, desnutrida, fâcies de sofrimento, com inúmeras marcas de diversas agressões sofridas em tempos diferentes por diversos instrumentos, entre os quais gostaria citar: Queimaduras: em fase de cicatrização e cicatrizadas na face esquerda (nas regiões masseterina e geniana, membro superior esquerdo e Heme tórax esquerdo). Cicatrizes: disseminadas em todo o corpo; Equimose: na região frontal e terço superior da coxa direita; Escoriações: terço médio da perna esquerda (face lateral); Lesões corto-contusas (múltiplas na face látero-posterior da coxa direita).” (TJMT 02)³⁸

Exceção a essa observação deve ser feita a dois acórdãos (TJMT 01 e TJPI 01), que justificaram a ausência de sofrimento físico ou mental com base nos laudos de exame de corpo de delito, que constatavam que as lesões não ocasionaram incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função. Pode-se presumir, a partir dessa fundamentação, portanto, que as agressões que resultassem em tais consequências seriam consideradas tortura.

37 Fatos apurados: A vítima teria sido levada ao COPOM, onde teria sido submetida a agressões com golpes de cassetetes, murros e pontapés desferidos pelos policiais, enquanto o oficial militar responsável a tudo assistiu e nada fez para impedir. Tudo isso porque a vítima teria se recusado a deixar a televisão filmar uma prisão a ser realizada no bar pertencente à sua esposa. Depois, foi encaminhada à Delegacia e o policial de plantão teria encaminhado-a ao pronto socorro.

38 Fatos apurados: O genitor da vítima (com 01 ano de idade à época) teria agredido-a, por várias vezes, usando de um “piraim” (objeto utilizado para bater em animais), pedaços de madeira ou de ferro, e ainda, segurando a vítima por um braço e uma perna, colocando-o sobre as chamas de fogo que usava para preparar alimentos. Ainda, habitualmente, amarrava seu filho, com uma corda no pescoço na cozinha, quando saía para trabalhar.



2.3 Ausência de dolo e não comprovação do intenso sofrimento físico e mental

Em quatro casos, a argumentação dos magistrados envolveu tanto a ausência de dolo quanto a ausência de intenso sofrimento físico e mental:

O intenso sofrimento físico ou mental é a nota particular em relação a esse tipo, que possui natureza material, isto é, deve ser atingido esse resultado naturalístico para sua consumação, o que, in casu, não restou suficientemente comprovado, máxime porque os depoimentos acostados aos autos demonstraram que, apesar de as condutas dos policiais terem sido, no mínimo, lamentáveis e desproporcionais, estas não poderiam ser caracterizadas como tortura. [...] Ora, se tivesse sido submetido a intenso sofrimento físico ou mental, certamente ele se lembraria disso, pois não se consegue olvidar de dor e aflições de tal monta com facilidade. **Vê-se, ainda, que esse tipo penal possui elemento subjetivo específico, que é a vontade de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Frise-se que tal especificidade vai além de submeter alguém a uma situação de mero maltrato, produzindo ferimentos realmente com satisfação, prazer, com agrado.** Desse modo, diante dos depoimentos acostados aos autos e do laudo de exame de corpo de delito às fls. 59-60, **conclui-se que estes não forneceram elementos convincentes de que a vítima teria sofrido intensamente, nem de que os acusados tinham vontade de submetê-la, mediante um sentimento de contentamento, a castigo ou medida de caráter preventivo.** [...] Incabível, portanto, a condenação dos acusados no crime de tortura, **pois o que ocorreu no caso em análise foi excesso nos meios de correção**, de contenção da vítima que chegava à Delegacia como réu, em ocasião em que teria agredido sua companheira e fugido com a filha de ambos, de meses de idade. (TJDFT 02 – grifos nossos) ³⁹

Ocorre, contudo, que não é qualquer violência ou grave ameaça que configura o crime de tortura, mas sim aquela que provoca intenso sofrimento físico ou mental, ou seja, uma dor profunda na vítima, com a finalidade específica de aplicar-lhe castigo ou medida de caráter preventivo.

Cuidam-se de situações extremas, de sorte que o móvel propulsor desse delito consiste na vontade de fazer a vítima sofrer por ódio, por sadismo, como por exemplo queimá-la aos poucos, utilizando-se de ferro em brasa, dar-lhe choques elétrico, submetê-la a breves afogamentos, colocá-la no pau-de-arara, extrair os seus dentes e outras formas cruéis de violência.

[...] encontra-se ausente o elemento subjetivo do tipo denominado pela doutrina tortura-castigo, consubstanciado no **dolo de causar intenso sofrimento físico, indo além do mero maltrato.** Ao que se depreende a genitora agiu com ‘animus corrigendi’, extrapolando, porém, os limites do razoável na punição às filhas, a ponto de incorrer em conduta ilícita, **sem, no entanto, mover-se com dolo específico de causar extremado sofrimento às menores.** Cabe salientar que, ainda que se considere excessivo o modo pelo qual a apelante se utilizou para corrigir as filhas, utilizando-se de uma mangueira de plástico para golpeá-las, **as provas amealhadas aos autos não indicam que as agressões tenham causado um sofrimento martirizante, insuportável, atroz, elementos estes indispensáveis à caracterização do crime de tortura.** [...] Como se vê, em nenhum momento as vítimas declararam que tiveram sofrimento intenso em razão das agressões, razão pela qual é impositiva a exclusão do crime de tortura. (TJGO 01) ⁴⁰

³⁹ Fatos apurados: Um dos réus teria golpeado a vítima com um martelo de borracha, enquanto o outro lhe prestou auxílio, cercado, agarrando e chutando a vítima.

⁴⁰ Fatos apurados: A genitora das vítimas teria agredido-as com uma mangueira de plástico.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS



ARTIGOS



CONTO

Como se vê, conquanto agressiva e danosa a conduta realizada, a mesma não chegou a causar o intenso sofrimento psíquico ou físico necessário à configuração do crime de tortura. Ora, sendo um crime doloso, o delito de tortura, previsto no art. 1º da Lei nº 9.455/97, exige, necessariamente, não apenas a ciência do agente de que sua conduta impõe um elevado sofrimento à vítima (elemento cognitivo), mas, também, **a vontade de produzir nesta intensa dor, moral ou física (elemento volitivo).**

Em relação ao presente caso não há indicativos de que fosse essa a intenção do agente, pois, embora tenha agredido o menor de forma violenta, não causou sofrimento intenso, como tipifica a legislação, conforme pode-se observar através do laudo de ofensa física de fls. 18-verso, que atestou que as lesões não resultaram em maiores conseqüências à saúde do ofendido.

É certo que não apraz ao julgador mensurar se a dor sofrida por terceiro foi leve, suportável ou desumana. Só o próprio indivíduo sabe ao certo o quanto lhe doeu cada golpe, seja em virtude de sua resistência física e até preparo emocional. Portanto, não cabe ao julgador minimizar o tormento sofrido pelas vítimas, como também, de igual modo, não deve atribuir ao agente conduta de dimensão lesiva superior a que de fato cometeu, atribuindo-lhe pena que ultrapasse os rigores da lei. (TJPB 01)⁴¹

Novamente, nos casos acima, o dolo se relaciona com o sadismo e o prazer de ver sofrer, bem como com a intensidade do sofrimento que se quer causar. Quanto ao intenso sofrimento, os acórdãos, mais uma vez, limitam-se a afirmar que ele deve estar presente para a configuração da tortura, mas não explicitam como isso seria aferido ou o que configuraria tamanho sofrimento. Mesmo nos casos em que é feita menção ao laudo (como no TJPB 01), o magistrado limita-se a afirmar que não houve “maiores conseqüências à saúde do ofendido”, ou seja, há argumentação genérica que não explicita quais seriam as conseqüências que configurariam o crime de tortura.

Exceção também deve ser feita em um dos casos (TJSE 01), que fundamentou seu entendimento de que não houve intenso sofrimento físico ou mental com base no laudo de exame de corpo de delito, que constatava que as lesões não ocasionaram incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

2.4 Inconstitucionalidade da Lei nº 9.455/97

O entendimento no sentido da inconstitucionalidade da Lei de Tortura para os casos em que o agente é privado, ou seja, no sentido de que a tortura é crime próprio, foi encontrado somente no Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁴². Os acórdãos nesse sentido se utilizaram principalmente das Convenções Internacionais e construções doutrinárias.

Todos os acórdãos que expuseram esse entendimento, ainda, citaram o mesmo precedente da Corte, de autoria do Des. Reynaldo Ximenes Carneiro (Ap. Crim. n. 1.0000.00.268999-0/001), que decidiu ser o art. 1º, inc. II, da Lei de Tortura, crime próprio. O trecho é citado conforme segue:

⁴¹ Fatos apurados: O acusado teria agredido seu filho, de 09 anos de idade, com socos no rosto e no peito, bem como apertado sua garganta, porque a criança não quis comprar drogas para consumo do agressor.

⁴² TJMG 03, TJMG 05, TJMG 06, TJMG 07, TJMG 11, TJMG 12, TJMG 14.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01

02

03



ARTIGOS

01

02

03

04

05

06

07



CONTO

[...] crime próprio, que somente poderá ser cometida por agente público que esteja com a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade, segundo a interpretação que se faz de normas embutidas em convenções internacionais de direitos humanos, do qual o Brasil é signatário, as quais possuem status de norma constitucional e se acham integradas automaticamente ao ordenamento jurídico interno.

Um dos relatores (TJMG 03) expôs suas dúvidas quanto à inconstitucionalidade do dispositivo, deixando claro que adotava o entendimento predominante da Câmara, mas continuaria a refletir sobre o assunto:

Feitas estas colocações, surge uma dúvida. Ei-la: se as já mencionadas convenções internacionais (ratificadas pelo Brasil), e que definam a tortura como crime próprio, contêm uma ressalva atinente à sua interpretação, ao permitir que a legislação nacional edite dispositivos de maior alcance, de maior abrangência, visando o tratamento adequado e justo frente a tão grave crime, faz com que se conclua ser constitucional a Lei n.º 9.455/97, pois não agiu de maneira diferente à permitida pelo artigo 1.º da Convenção da ONU. O que obedece a Constituição, não pode ser declarado inconstitucional.

Finalmente, registre-se já ser entendimento assente nesta Câmara a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.455/97, por não ter tipificado o delito de tortura como crime próprio (ilícito que só pode ser perpetrado por agente público, ou seja, próprio dele) e sim, como crime comum, pelos motivos já expostos (ou seja, porque estaria em descompasso com o teor das convenções internacionais já mencionadas). Se assim é, rende-se este Relator ao já assentado posicionamento, asseverando, entretanto, que continuará a examinar mais acuradamente a matéria.

Dessa forma, pode-se concluir que o posicionamento majoritário dos tribunais brasileiros é de que a atual Lei de Tortura é constitucional, permitindo ao agente privado ser processado e, eventualmente, condenado nos seus termos, na contramão dos tratados internacionais sobre a matéria.

CONCLUSÃO

Conforme visto, se a norma penal em branco permite que o intérprete complete seu sentido e sua configuração, os acórdãos analisados no presente artigo não auxiliam na melhor delimitação do que seria o crime de tortura. O dolo de dano é confundido, muitas vezes, com a motivação de castigo, enquanto o intenso sofrimento físico ou mental permanece um conceito muito subjetivo.

De fato, a maioria dos acórdãos simplesmente não explicava, nos casos em que se entendia que não havia sofrimento físico e mental, a razão dessa decisão. Nesses casos, as justificativas presentes nos acórdãos apareceram mais como uma conclusão do magistrado – de que aquele comportamento não configurava tortura –, sem qualquer possibilidade de comprovação pelo conjunto probatório.

Aliás, nesse sentido, importante ressaltar que, com a atual redação do crime de tortura, o sofrimento depende de duas subjetividades – da vítima e do juiz – permitindo um espaço de criatividade que acaba por violar, de certa forma, o próprio princípio da legalidade.

Melhor seria, assim, se nosso legislador previsse práticas, situações e consequências mais detalhadas, para que se diminuíssem as disparidades entre as condutas consideradas tortura.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



Com efeito, na breve pesquisa realizada para o presente artigo, condutas tais como pais que agridem os filhos com uma mangueira de plástico até policiais e agentes penitenciários que agridem prisioneiro, causando-lhe a morte, puderam ser classificadas inicialmente como tortura e posteriormente desclassificadas para crimes menos graves.

Se a proibição da prática de tortura foi um avanço democrático – como de fato foi –, a aplicação concreta da lei é tão ou mais importante para coibir tal prática quanto a lei em si. A vagueza da redação atual dos dispositivos, assim, permite distorções dos tipos penais e que as ideologias das nossas instâncias formais de controle sejam livremente exercidas, desde a lavratura do boletim de ocorrência, que inclui a classificação do crime comunicado, até o julgamento de recursos nos tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. Tortura. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 18, p.235-246, ago./nov. 1997.

BASTOS, João José Caldeira. Maus tratos: interpretação do código penal e confronto com o delito de tortura. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 35, p.133-149, jul./set. 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 16ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

FRANCO, Ana Paula Nogueira. Distinção entre maus-tratos e o art. 1º, II, da lei de tortura. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 62, p.11, jan. 1998.

GARCÍA INDA, Andrés. Introducción: la razón del derecho: entre *habitus* y campo. In: BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Tradutores diversos. Bilbao, Espanha: Desclée de Brouwer, 2001, p. 9-57.

JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

JESUS, Maria Gorete Marques de. Os julgamentos de tortura: um estudo processual na cidade de São Paulo. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 3, n. 9, p. 143-172, jul./ago./set. 2010.

Julgando a tortura: Análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010). Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Julgando%20a%20tortura.pdf>. Acesso em 10 ag. 2015.

MATSUDA, Fernanda Emy; BISSOTO, Maria Carolina; JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza; MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano; RAMOS, Paula Rodrigues; CALDERONI, Vivian. Jurisprudência de crime de tortura nos Tribunais de Justiça da região Sudeste do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 113, p. 357-385, mar./abr. 2015.

PIETROCOLLA, Luci Gati. Torturar é fácil, o difícil é justificar. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 55, p. 15, jun. 1997.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 113, p. 127-142, mar./abr. 2015.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



SHECAIRA, Sérgio Salomão. Algumas notas sobre a nova lei de tortura (Lei nº 9455 de 7 de abril de 1997). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 54, p. 2, mai. 1997.

STEINER, Sylvia. A prevenção do crime de tortura no cenário do direito internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 99, p.299-323, nov./dez. 2012.

SUANNES, Aduino Alonso Silvinho. Avanço em direção ao passado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 9, n. 110, p.2-3, jan. 2002.

Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Disponível em: www.tjac.jus.br/. Acesso em: 14 dez. 2015.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: www.tjdft.jus.br/. Acesso em: 09 dez. 2015.

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Disponível em: www.tjgo.jus.br/. Acesso em: 09 dez. 2015.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: www.tjmg.jus.br/. Acesso em: 09 dez. 2015.

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Disponível em: www.tjmt.jus.br/. Acesso em: 09 dez. 2015.

Tribunal de Justiça da Paraíba. Disponível em: <http://www.tjpb.jus.br/>. Acesso em: 09 dez. 2015.

Tribunal de Justiça de Pernambuco. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/>. Acesso em: 10 dez. 2015.

Tribunal de Justiça do Piauí. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/>. Acesso em: 10 dez. 2015.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso em: 14 dez. 2015.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home>. Acesso em: 14 dez. 2015.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Disponível em: <http://www.tjrn.jus.br/>. Acesso em: 14 dez. 2015.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 14 dez. 2015.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portal/>. Acesso em: 14 dez. 2015.



01

02

03



01

02

03

04

05

06

07



RETRATO

Mariana Salomão Carrara

Defensora Pública do Estado de São Paulo. Tem três livros publicados (Idílico, Delicada uma de nós, e Fadas e copos no canto da casa), e diversos contos lançados em premiações e revistas nacionais.

Tem três livros publicados (Idílico, Delicada uma de nós, e Fadas e copos no canto da casa), e diversos contos lançados em premiações e revistas nacionais.

Ninguém queria ir mas também ninguém ia dizer uma coisa dessas no meio do Natal. Eu lembro que a mãe fez uma panela muito grande de alguma coisa que a gente gostava e o cheiro foi dando pelo menos um pouco de vontade de ir. O Rafael deixando o nariz escorrer e querendo levar o cachorro, mas queria também só pra ver se alguém dizia alguma coisa naquela casa, mas nem pra dizer que não o pai tinha qualquer empenho.

Minha mãe saiu do silêncio só pra reclamar que teve de cozinhar sem nozes porque esse ano não vieram nozes na cesta que o pai recebia, agora até isso eles estão regulando, e fica até feio uma coisa dessas, chegar no Natal sem nozes. Nem mesmo uvas passas.

A casa do tio fica a quatro ruas dali e a gente sempre vai a pé. Dessa vez a panela parecia mais pesada e os passinhos do Rafa mais curtos, ainda com o bico na cara por causa do cachorro que ficou olhando o portão como se soubesse que é Natal, que as ruas têm umas luzes bonitas e que ele devia estar com a família como todos estão.

No começo da rua tinha uma viatura parada e eu fiquei pensando calado que as luzes da polícia são um pouco luzes de Natal, como se fossem uma estrela piscando no topo da árvore feito um laser vermelho atravessando a sala, e só por um instante eu fiquei com pena dos policiais porque era Natal e eles estavam ali sozinhos trancados que nem o cachorro olhando as famílias descendo a rua.

Meu tio cumprimentou o meu pai, que é irmão dele, daquele jeito de bater bem forte a mão nas costas, e eu lembro que reparei na marca da mão espalmada que ficou na camisa do meu pai e só foi desfazendo aos poucos conforme ele cumprimentava as mulheres nos seus abraços que iam alisando a roupa e acalmando de leve a marca nas costas. Meu pai odeia esses tapas do meu tio. O Rafa não cumprimentou ninguém e foi sentar diante da televisão que esse ano estava ligada bem baixinho em respeito à solenidade da tristeza, que a tristeza no Natal fica ainda mais solene.

A mim me cumprimentaram com distinção como se eu agora fosse o detentor de alguma missão, como se eu subitamente mais adulto, como se eu a obrigação de evitar que qualquer outra dor entrasse naquela casa. E isso eu via porque em vez do afago no cabelo ou na bochecha agora eles me olhavam no fundo do olho e seguravam um tempo o meu ombro que ia ficando pesado, tudo ia ficando muito pesado, e quanto mais seguravam o meu ombro mais eu queria ser o cachorro sozinho no escuro do quintal, a polícia parada na viatura, o Rafa invisível e com sono ao pé do sofá.

Mas a noite ia indo muito bem porque tudo isso era apenas eu reparando em volta. Entre eles o Natal ia seguindo como tinha de ser, ainda que sem nozes, nem uvas passas, a tia e a avó às vezes até mesmo umas risadas, minha



mãe justificando qualquer coisa sobre o que tinha na panela, meu pai já sentado quase distinto bem no meio da mesa chamando o Rafa que talvez por ser a primeira vez em muito tempo que ouvia o próprio nome já levantou rápido rumo à mesa e só parou no caminho pra olhar o que as mulheres e o tio estavam trazendo da geladeira, talvez investigando o que iam lhe dar de comer no meio de tanta coisa esquisita, e depois sorrindo ao ver a mãe tirar da lancheira um hambúrguer e distraidamente colocar num prato infantil no micro-ondas, e a tia, agora sim fazendo um afago no cabelo dele, entregando um molho de ketchup nas suas mãozinhas.

Eu voltava de lavar as mãos no banheiro quando vi o Rafa examinando o pote de ketchup como se fosse um brinquedo novo, um brinquedo de Natal, tentando abrir o lacre, porque embora o pote parecesse de tempos imemoriais, já quase sem rótulo, ainda havia um lacre, indicando talvez que o ketchup fosse de cestas de outros anos e outros natais. O pai com o olho perdido no fundo da televisão agora quase sem som, porque as pessoas tinham começado a falar todas juntas na cozinha, o pai esticou distraidamente o braço e alcançou do menino o pote e pareceu fazer mais esforço do que o estimado para abrir um frasco de ketchup, mesmo de tempos imemoriais, e tenho a impressão de que foi no exato momento em que a mãe chegou na sala com o hambúrguer murcho num pratinho e a tia logo atrás com uma bandeja de qualquer coisa, foi nesse exato momento que a tampa do ketchup voou até o teto como uma champanhe fermentada e empastada de sangue e grumos, o molho explodindo na mesa, no assoalho, na tinta finíssima das paredes que eu soube depois que só mesmo pintando por cima porque nem com sapólio, e o meu pai estático inteiro escorrendo vermelho, os cabelos, o óculos, a camisa, e por um instante no silêncio um pouco das vozes da televisão, mas logo em seguida o choro do Rafa que de imediato tomou conta da casa toda, da rua, que era um choro de quem via a morte pela segunda vez e de novo quando menos esperava por ela, e que o meu tio por ingenuidade ou desespero resolveu consolar explicando que era possível que tivesse mais um molho no armário, e a tia com um pouco mais de perspicácia dizia que não precisava ter medo, que era só porque estava estragado, muito gás, por isso explodia, e o Rafa talvez pensando que as coisas não explodem porque estão estragadas, simplesmente não podia ser assim.

E eu ali parado olhando o Rafa que gritava como nenhum menino daquele tamanho deveria saber gritar, e o meu pai em choque coberto de molho, as paredes, a toalha, o teto vermelho, e o menino gritando inconsolável, e ficou evidente que foi exatamente essa cena que o Rafael tinha visto aquela tarde na rua, que só ele tinha visto, pequeno, sozinho. O barulho, o tiro – que não era explosão nem gás – que estourou o Leo naqueles mesmos grumos vermelhos no chão, na parede, na cabeça, que estourou o Leo como se ele estivesse estragado, e não estava, andava tendo os seus problemas, esses problemas de tempos imemoriais, às vezes eu até pensava se eu gostava mesmo dele, porque irmão nem sempre a gente gosta, mas estragado não, e foi esse mesmo grito que o Rafa deve ter dado sozinho na rua enquanto a polícia fugia, fugia quase sem medo sob as suas luzes de Natal piscando na viatura.

E foi assim que ele deve ter gritado até que as pessoas levaram tudo dali e quando a gente chegou só tinha a mancha, quase a mesma mancha de ketchup que ficou no teto e na parede e que só pintando por cima porque nem com sapólio, e por mais que a tia trouxesse panos, guardanapos, já havíamos todos irremediavelmente visto, como se o pai ali sangrando fosse um retrato desgraçado que até ali só o Rafa tinha visto, um retrato de Natal. Por conta do grito do Rafa que não terminava nunca, tínhamos todos olhado pro pai e visto tudo o que os vizinhos não tinham deixado a gente ver, e ficamos ali num grito longo que não calava nem mesmo se a polícia se instalasse dentro da sala em infinitas sirenes, o grito perpétuo dos frascos que estouram bem na hora do natal, só porque ficaram tanto tempo esquecidos num canto, só porque nunca mais vai dar pra esquecer.

