

A LEI CONTRA A TORTURA NO BRASIL, A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE “CRIME DE LESA-HUMANIDADE” E OS PARADOXOS DA PUNIÇÃO CRIMINAL // Mariana Thorstensen Possas¹

Palavras-chave:

tortura / punição / direitos humanos / racionalidade penal moderna

////////////////////////////////////

Sumário:

- 1 Introdução**
- 2 A criação da lei contra a tortura no Brasil e a racionalidade penal moderna**
- 3 Os direitos humanos e o direito criminal**
- 4 A construção da categoria “crimes de lesa-humanidade”**
 - 4.1 A Carta do Tribunal Militar de Nuremberg
 - 4.2 O Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional
 - 4.3 A lei contra a tortura no Brasil (Lei nº 9.455/97)
- 5 O crime de tortura e a atribuição de sanções**
- 6 Conclusão**
- 7 Referências**

Resumo

Este artigo trata da construção e utilização da distinção entre *crimes contra a humanidade* e *crimes ordinários* para fazer referência a duas “categorias” ou “tipos” de crimes, segundo os entrevistados da pesquisa: os crimes contra a humanidade seriam aqueles que violam diretamente ou de uma maneira especialmente agressiva os direitos humanos e os crimes ordinários ou comuns seriam todos os que não agredem diretamente os direitos humanos. O conteúdo do texto foi extraído de tese de doutorado, realizada no Canadá, na Universidade de Ottawa, cujo tema de pesquisa é a criação legislativa em matéria criminal, especificamente a criação da lei contra a tortura no Brasil (Lei nº 9.455/97). Do ponto de vista empírico, o artigo se concentra na análise das entrevistas realizadas com políticos e militantes de direitos humanos que participaram direta ou indiretamente da produção da lei.

¹ Professora do Departamento de Sociologia da UFBA. Doutora em criminologia pela University of Ottawa, Canadá. Pós-doutorado no NEV/USP. E-mail: marianapossas@gmail.com.

THE BRAZILIAN ANTI-TORTURE ACT, THE CONSTRUCTION OF THE CONCEPT “ CRIME AGAINST HUMANITY” AND THE PARADOXES OF CRIMINAL PUNISHMENT // *Mariana Thorstensen Possas*

Keywords:

torture / punishment / human rights / modern penal rationality

////////////////////////////////////

Abstract

This article aims at exploring the construction and the use of the distinction *crimes against humanity* / *ordinary crimes* to refer to two “categories” or “types” of crimes, according to the research interviewees: crimes against humanity would be those that violate directly or in an especially aggressive way the human rights and the ordinary or common crimes would be all that do not directly harm human rights. The content of the text is taken from my doctoral thesis, completed at the University of Ottawa in Canada, and the research topic was the legislative creation process in criminal matters, more specifically the creation of the law against torture in Brazil (Law number 9455/97). From an empirical point of view, the article focuses on the analysis on the interviews performed with politicians and human rights activists who participated directly or indirectly in the production of this specific statute.

1 Introdução

O conteúdo deste artigo foi, em boa parte, extraído da minha tese de doutorado, realizado na Universidade de Ottawa, Canadá. O tema da minha pesquisa foi criação legislativa em matéria criminal, especificamente a criação da lei contra a tortura no Brasil (Lei nº 9.455/97) e a reprodução pelo sistema político da *racionalidade penal moderna*, conceito utilizado por Pires (1998, 2001, 2004) para designar o sistema de pensamento dominante no ocidente sobre a punição criminal. Do ponto de vista empírico, eu realizei 28 entrevistas qualitativas com políticos (deputados federais, senadores e ex-ministros da Justiça) que participaram diretamente do processo político de produção de lei que criminalizou a tortura e com militantes de direitos humanos que trabalham (ou trabalharam) com o tema da tortura e que, de alguma maneira, participaram da discussão pública da lei. Também foram coletados documentos legislativos, como projetos de lei que versavam sobre o tema da tortura, debates parlamentares, textos da doutrina do direito e artigos da mídia impressa. Neste artigo, entretanto, utilizei apenas as entrevistas realizadas com os políticos e os militantes.

Um aspecto que me chamou muito a atenção durante as leituras das entrevistas foi a construção e utilização da distinção entre *crimes contra a humanidade* e *crimes ordinários*. Os entrevistados faziam frequentemente referência a essas duas “categorias” ou “tipos” de crimes: os *crimes contra a humanidade* seriam aqueles que violam diretamente ou de uma maneira especialmente agressiva os direitos humanos e os *crimes ordinários* ou *comuns* seriam todos os que não agridem diretamente os direitos humanos. De acordo com essa distinção, os homicídios ou as agressões físicas podem integrar, de acordo com o contexto, o grupo de crimes contra a humanidade (sob a forma de genocídio, tortura, etc.) ou, de outro lado, o grupo dos crimes ordinários. No entanto, para integrar a categoria de crimes contra a humanidade não basta simplesmente fazer o mal (matar ou agredir alguém intencionalmente): é preciso “algo a mais”, que se situaria no plano simbólico ou puramente comunicativo, que faria passar o crime de uma categoria a outra mais grave. Não é, portanto, o

comportamento enquanto tal que caracteriza o tipo de crime (contra a humanidade/ordinário).

De maneira geral, os crimes contra a humanidade são, de acordo com os políticos e os militantes entrevistados, muito mais graves, pouco importando a violação praticada, seja ela um homicídio, um estupro ou um roubo à mão armada. Dito de outra maneira, atribui-se uma gravidade especial a certos atos (que violam os direitos humanos), mesmo se eles causam objetivamente menos mal à vítima do que um crime considerado “ordinário”: pensemos no caso de agressões cometidas em uma delegacia de polícia contra um indivíduo acusado de um crime qualquer, e paralelamente um sequestro seguido de morte. No primeiro caso, de acordo com a legislação brasileira trata-se de um caso de tortura, ou seja, de um crime contra a humanidade e, no segundo caso, trata-se de um crime – grave, sem dúvida – mas que, nos termos da distinção, está na face dos *crimes ordinários*.

Lembremos que no Brasil, a definição legal do crime de tortura não permite fazer uma distinção entre a tortura enquanto *crime contra a humanidade*, praticada em grande escala, contra um grupo étnico, cultural, etc., e a tortura enquanto *crime ordinário*, que não visa a nenhuma vítima em particular, sem nenhuma intenção de fazer mal a uma coletividade específica (pensemos nos casos de castigos exagerados ou maus tratos que as babás cometem contra as crianças que estão sob seus cuidados, casos em que, a partir da lei de 1997, podem ser considerados atos de tortura). Nem os políticos, nem os militantes tinham essa “ambiguidade legislativa” em mente quando discutiam a criação da lei.

Ao contrário, a tortura é classificada explicitamente pela maior parte dos entrevistados como exclusivamente um *crime contra a humanidade*. Essa qualificação a torna assim, aos olhos dos políticos e dos militantes, um crime de especial gravidade e dá *lugar*, em termos de punição, à demanda por penas de prisão muito severas. Referida demanda apresenta alguns paradoxos (como o fato de se exigir mais pena para, justamente, defender os direitos humanos), dos quais eu vou tratar na segunda e terceira parte deste artigo.

2 A criação da lei contra a tortura no Brasil e a racionalidade penal moderna

A lei contra a tortura no Brasil foi concebida em 1997 para suprir uma “lacuna legislativa”: a inexistência de um tipo penal que tratasse especificamente desse comportamento. Isto não quer dizer, obviamente, que a tortura fosse permitida anteriormente. Ao contrário, a tortura era uma prática punida por meio de outras figuras penais, como lesões corporais, abuso de autoridade, constrangimento ilegal, maus tratos, etc. Nos anos 1990, depois da adesão do Brasil a algumas convenções internacionais contra a tortura e da aparição de alguns casos de violência policial na mídia (caso da Favela Naval), o debate sobre a criação de uma lei contra a tortura foi se tornando cada vez mais intenso. Esse debate apareceu não somente nas mídias, mas também na doutrina jurídica, nos discursos políticos, nos movimentos sociais e foi, finalmente, traduzido em legislação com a criação de uma nova lei que previa a tortura como um crime autônomo. O debate que apareceu especificamente nos sistemas jurídico, político e da mídia, durante os anos anteriores à promulgação da lei, era baseado essencialmente em três pontos: (1) a tortura constituía no Brasil uma prática corrente, especialmente nas delegacias de polícia, onde os acusados da prática de crimes (em geral) apanhavam violentamente para “colaborar” com a investigação; (2) não havia muitos registros de condenação criminal para os casos de tortura; (3) as penas disponíveis (previstas para os crimes de lesões corporais, abuso de autoridade, etc.) eram consideradas muito baixas para serem aplicadas àqueles que eram considerados culpados pela prática de tortura.

Muitas pesquisas já foram feitas no Brasil buscando compreender a persistência dessa prática (Pinheiro, Adorno e Cardia, 1999), assim como o problema da não-aplicação da lei (ou da impunidade dos acusados) no que diz respeito às graves violações de direitos humanos (Adorno, 1996). No entanto, meu olhar neste artigo, assim como foi em minha tese de doutorado, está voltado para o terceiro ponto mencionado acima, que diz respeito às penas. Mais especificamente, diria que meu interesse está voltado para as ideias sobre a pena criminal que são mobilizadas nas comunicações do sistema político.

Nessa questão das penas, minha reflexão não se pro-

põe a fazer uma análise sobre as condições de execução das penas ou de sua utilidade (ou inutilidade) em relação à resolução de um problema real, como o da tortura. Ela também não pretende estudar as consequências sociais da punição para o condenado. Minha perspectiva é mais “global” ou “anterior” à determinação de penas específicas para o crime de tortura. Ela diz respeito à análise de um “quadro cognitivo” particular que funciona como pano de fundo das decisões (jurídicas e políticas) relativas às penas e que nos impede de ver as coisas de maneira diferente. Meu objetivo é assim observar como algumas ideias sobre as penas, que pertencem a este “quadro”, entram no sistema político e como elas influenciam as decisões tomadas nessa matéria no Parlamento.

De fato, eu poderia ter escolhido um outro caso de criação de lei criminal para observar o mesmo fenômeno. Entretanto, optei por escolher o caso da lei contra a tortura porque, entre outras razões, ele me apresentou um desafio particular: fazer a crítica do pensamento moderno sobre as penas a partir de uma “situação-problema” especialmente abominável. Dito de uma outra maneira, a formulação de um trabalho que propusesse uma crítica à maneira de punir a tortura exigiria um controle das emoções para conseguir, de fato, tomar distância do objeto de pesquisa. Além disso, o caso da tortura me abria a possibilidade de trabalhar com dois paradoxos que me pareciam ao mesmo tempo intrigantes e importantes. Um desses paradoxos está ligado à dicotomia conservadora/progressista, que tratei em outros artigos (Possas, 2013, 2015). O outro diz respeito à relação que as comunicações sobre os “direitos humanos” estabelece com as teorias da pena. Este artigo trata de alguns aspectos desse segundo paradoxo identificado.

O quadro cognitivo ao qual fiz referência é descrito por Álvaro Pires (1998, 2001, 2004) como um *sistema de ideias* sobre a sanção criminal, que projeta um conceito particular da pena, centrada na exclusão social e no sofrimento. Este sistema de ideias foi nomeado por Pires de *racionalidade penal moderna*. De acordo com o autor, o núcleo duro ou a estrutura de base da racionalidade penal moderna estaria nas versões modernas das teorias da pena (teoria da dissuasão, teoria da retribuição, teoria da reabilitação na prisão e, posteriormente, na teoria da denúncia).

Essas teorias, a despeito de suas diferenças internas, podem ser observadas como um “sistema de ideias” na medida em que elas partilham alguns pressupostos comuns, o que lhes dá unidade enquanto um “sistema”. Num primeiro plano, a característica mais importante de todas estas teorias consiste no fato de reivindicarem a exclusão social do condenado e serem todas, portanto, indiferentes à sua inclusão.

Esse sistema de ideias desempenha um papel muito importante em uma grande parte das escolhas em matéria de pena criminal, tanto nos tribunais quanto nas formulações de leis criminais. Eu vou então tomar como ponto de partida que estes dois sistemas (político e jurídico) “atualizam”² o mesmo sistema de ideias como estrutura cognitiva *dominante* (mas não a única) para refletir sobre sanções criminais e justificar as tomadas de decisão no tema. A “sobrealimentação” das penas de prisão de longa duração é um dos efeitos da atualização desse sistema nos diversos sistemas sociais.

No que toca ao sistema de direito criminal, a racionalidade penal moderna desempenha um papel completamente central na medida em que ela faz também parte de seu discurso identitário, se diferenciando, por exemplo, do direito civil. Do lado do sistema político, a pesquisa de Pires está menos avançada, mas ela já indica que esse sistema está presente. No entanto, é importante considerar que a atualização da racionalidade penal moderna não é da mesma ordem nesses dois sistemas: no caso do sistema político, ela é atualizada para apoiar as decisões políticas no que toca às penas criminais, mas ela não “funda” o sistema em si, como é o caso do sistema jurídico, para quem as teorias da pena formam seu autorretrato identitário.

O resultado concreto da atualização da racionalidade penal moderna para as decisões políticas é a promulgação de leis criminais que sejam justificadas com a ajuda das teorias da pena e, reproduzem, por exemplo, a necessidade de uma pena de exclusão social de longa duração. Em termos de produção legislativa em matéria criminal, os projetos de lei que propunham a

2 O termo “atualizar” deve ser tomado aqui no sentido da palavra *actualize*, em inglês, ou *actualiser*, em francês, cujos significados remetem às ideias de “realizar”, “tornar (algo) real”.

criação do crime de tortura visavam, em sua maioria, seja criminalizar um novo comportamento com uma pena de prisão, seja o agravamento das penas para crimes já existentes. Existiam também projetos de lei cujo objetivo era o de suprimir garantias processuais, como a limitação dos direitos à fiança ou à obtenção de graça, mas nesses casos estaríamos mais no domínio do processo penal. É bom salientar que não estou afirmando que não existam propostas legislativas que, indo à contracorrente, propusessem uma amenização da gravidade do sistema de direito criminal. Gostaria apenas de sublinhar que a maior parte dos projetos de lei que foram efetivamente apresentados não eram nessa linha.

A partir do que foi dito, posso então formular as seguintes questões centrais que nortearam a pesquisa como um todo: como a racionalidade penal é atualizada pelo sistema político no momento da criação das leis penais e quais são as consequências da seleção desse sistema de pensamento para as decisões políticas no que diz respeito às penas? Mais precisamente, meu interesse de pesquisa esteve então centrado na observação de certas ideias (teorias da pena) na elaboração política das leis penais.

E para responder a estas questões eu escolhi analisar o processo político de criação da lei contra a tortura no Brasil, assim como os artigos publicados na mídia impressa escrita e da doutrina jurídica que tratam desse evento.

3 Os direitos humanos e o direito criminal

A análise dos dados empíricos obtidos quanto aos *crimes contra a humanidade* pode ser lida como parte das reflexões que observam com bastante preocupação a relação entre o direito criminal e os direitos humanos, sobretudo no que concerne à escolha das penas. Essa preocupação vem da constatação de que para defender os direitos humanos ou os temas que lhes são caros (discriminação, racismo, escravidão, etc.), os vários “circuitos de comunicação”, como as ciências sociais, o direito, a política, etc. (Pires e Garcia, 2007:292) se voltam para as teorias da pena e para as penas afilivas. E isso significa a demanda recorrente por penas de prisão de longa duração, com todos os problemas que aí estão presentes em

termos de dignidade humana. Na verdade, quando se trata da proteção dos direitos humanos, o valor da dignidade humana, sobretudo da dignidade humana do suspeito ou do culpado, nunca aparece no centro das discussões nem das decisões políticas. A grande pergunta que fica é então: como conseguimos conciliar uma política de severidade penal com a justiça e o humanismo? (Pires, 2004: 46).

Para tratar dessa questão eu proponho como ponto de partida observar os direitos humanos enquanto circuito de comunicação distinto e autônomo da racionalidade penal moderna (o sistema de ideias sobre a punição, que foi selecionado pelo direito criminal). Minha intenção é assim tematizar as relações entre a racionalidade penal e os direitos humanos a partir da mobilização desses últimos pelos políticos e militantes no contexto da criação da lei contra a tortura.

Como podemos distinguir essas duas realidades comunicativas (direitos humanos e racionalidade penal) na sua mobilização pelos atores, considerando que elas aparecem nas comunicações políticas por vezes completamente coladas? Para enfrentar essa questão eu vou utilizar a noção de “espaços semânticos exclusivos de intervenção” (Pires e Garcia, 2007, p. 292), em que cada circuito de comunicação delimita a sua fronteira ou sua “competência” a partir de alguns temas que lhe são próprios (mas que podem se modificar com o tempo): a interdição da pena de morte é hoje, em geral, um tema dos direitos humanos enquanto que a promoção das penas de prisão é um tema da racionalidade penal; a proteção da dignidade humana é um tema dos direitos humanos, enquanto que a promoção (e aplicação) das penas aflitivas é um tema da racionalidade penal, etc.

A minha hipótese de trabalho, inspirada em Pires e Garcia (2007), é que os dois circuitos de comunicação, conservando as suas fronteiras, vão efetivamente se confrontar e, ao mesmo tempo, colaborar em torno de alguns temas (pena de morte, tortura, etc.). No entanto, nenhum dos dois chega a questionar o outro no plano das ideias. Ou seja, e é esse ponto que me interessa aqui, os direitos humanos não chegam nunca a colocar em causa (no sentido de humanizar) as noções de base da racionalidade penal moderna:

Além disso, esses dois sistemas lutam juntos contra todas as ideias que procuram os colocar em confronto direto. (...) Elas seriam mal colocadas [misplaced ideas] seja porque elas impedem a promoção dos direitos humanos (sob o ponto de vista desse sistema) seja porque elas não são compreenderam a “função” do direito criminal e a necessidade de dar precedência às sanções cuja intenção é de dar a impressão de querer infligir um sofrimento ao culpado. (Pires & Garcia, 2007, pp. 297-298, tradução minha).

Meus dados empíricos indicam que efetivamente os direitos humanos não conseguem desconstruir certos paradigmas da racionalidade penal moderna, mas, ao contrário, acabam alimentando o “sistema rival” (Pires & Garcia, 2007, p. 297), na medida em que eles atualizam sua lógica, ao menos quando o tema é a punição dos “crimes contra a humanidade”. É como se os direitos humanos continuassem a se dizer “diferentes” e até certo ponto “contrários” ao direito penal (repressivo), mas sem necessariamente darem-se conta, reproduzem a mesma lógica da necessidade de punir com uma pena severa e aflitiva.

A dúvida que resta pode ser resumida no seguinte trecho:

“queremos apoiar os direitos humanos para humanizar e aperfeiçoar o direito criminal e criar formas mais flexíveis e menos opressivas de resolução de conflitos ou, ao contrário, cremos que se devemos nos tornar cada vez mais repressivos para reagir às violações de direitos humanos?” (Pires, 1995, apud Pires & Garcia, 2007, p. 293, tradução minha).

4 A construção da categoria “crimes de lesa-humanidade”

Como eu dizia na introdução, nas comunicações extraídas das entrevistas a distinção entre *crime contra a humanidade* e *crime ordinário* foi muito utilizada para diferenciar dois “tipos” ou “categorias” de crimes. Essa distinção, que aparece a partir de certo momento histórico nos variados circuitos de comunicação, especialmente no direito e na política, cria o seguinte problema: quando se criam dois tipos de

crime, isso leva o observador (que a adota) a discernir efetivamente duas realidades distintas. Onde se encontra a fronteira que separa os dois tipos de crimes? Para ilustrar o problema, vou utilizar três maneiras de construir (e de desconstruir) as fronteiras entre essas duas “categorias” de crime: a primeira está ligada à maneira como o conceito de *crime contra a humanidade* é definida na Carta de Londres do Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg); a segunda concerne à definição do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional; a terceira diz respeito à criação da lei brasileira contra a tortura (Lei nº 9.455/97).

4.3 A Carta do Tribunal Militar de Nuremberg

O conceito de *humanidade* enquanto categoria jurídica nasce no fim da Segunda Guerra Mundial com a multiplicação dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, quando “tomamos consciência de que os direitos reconhecidos do homem, tal como eles haviam sido pensados até agora, não eram suficientes para proteger a humanidade em seu conjunto” (Allard, 2004, p. 190, tradução minha). A *humanidade* como norma jurídica foi inventada por intermédio do conceito de “crimes contra a humanidade”, que foi usado pela primeira vez na Carta do Tribunal Militar, conhecido pelo nome de Tribunal de Nuremberg (1945) (Martens, 2004, p. 207) - que foi concebido especificamente para julgar os agentes do regime nazista, após a Segunda Guerra Mundial :

Article 6

The Tribunal established by the Agreement referred to Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(...)

(c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

Eu não vou aqui entrar na discussão sobre se o surgimento dessa nova categoria jurídica, ou mesmo da adesão aos tratados internacionais, são ou não reações eficazes ou úteis para proteger efetivamente a humanidade dos abusos contra direitos fundamentais. O que eu quero enfatizar aqui é que depois da Segunda Guerra Mundial a ideia de proteção dos direitos humanos assumiu um lugar importante no direito, tanto internacional quanto nacional, sobretudo através da noção de “crimes contra a humanidade”.

Essa nova figura jurídica foi criada para que fosse possível a partir de então pensar juridicamente uma transgressão desconhecida das categorizações tradicionais, pois a humanidade, essa figura de início supranacional e coletiva e não muito bem definida, se tornava pela primeira vez, sujeito de direito (Allard, 2004, p. 203). Além disso, tratava-se de um crime cuja intenção dos agentes também era sem precedentes: não se queria exterminar os judeus ou os ciganos para obter os territórios deles ou para eliminar a oposição, mas para se livrar deles com uma intenção genocida (Arendt, 1963, p. 298). A doutrina jurídica vai efetivamente ter dificuldade em definir no que consiste exatamente a humanidade enquanto vítima de crimes, assim como em determinar o agente desses crimes e sua intenção. Existe até mesmo uma discussão entre os juristas sobre a questão de saber se a humanidade é ou não uma nova categoria de direito que se distinguiria, no limite, dos direitos humanos: a humanidade seria um sujeito de direito coletivo e que não é submetido às fronteiras temporais e territoriais clássicas do direito (Allard, 2004). No entanto, o que me interessa nessa aparição do conceito jurídico de “crime contra a humanidade” é o movimento que observamos nos direitos humanos de valorizar a resposta a determinados crimes com a criação de novas figuras criminais e a flexibilização de algumas garantias jurídicas dos condenados.

4.4 O Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional

A expressão “crimes contra a humanidade” aparece também no Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional (1998), da qual o Brasil é signatário, para reagrupar uma lista de crimes – quando eles são cometidos em situações específicas – e não para definir um comportamento específico. De acordo com o texto do Estatuto, a tortura é identificada a um crime contra a humanidade quando ela é praticada no contexto de um ataque generalizado ou sistemático dirigido a toda uma população civil:

Artigo 7º -

Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

a) Homicídio;

b) Extermínio;

c) Escravidão;

d) Deportação ou transferência forçada de uma população;

e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;

f) Tortura;

g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em

função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

j) Crime de apartheid;

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

(...)

Observamos nos dois documentos internacionais mencionados que o conceito de *crime contra a humanidade* está relacionado a uma situação específica de agressão contra um povo ou uma comunidade. No caso da carta do Tribunal de Nuremberg, soma-se ainda a exigência de que os atos sejam praticados em período de guerra. O aspecto comum das duas categorias é fato de que elas são relativas às violações contra uma coletividade, seja ela civil, religiosa, racial, etc. Essas violações podem ser homicídios, redução à condição análoga à escravidão, extermínio, etc. Somente no artigo do Estatuto de Roma temos uma referência à tortura, aqui considerada um crime contra a humanidade, quando praticada em uma situação na qual haja a intenção de agredir uma coletividade. Na carta do Tribunal de Nuremberg, a coletividade de que falamos faz referência direta aos judeus e a todas as populações que sofreram com o regime nazista. No caso do Estatuto de Roma, não temos um grupo ou população específico como referência primária à noção de “população civil”. No entanto, sabemos que o objetivo desse documento internacional era o de facilitar - aumentando a eficácia - o julgamento dos responsáveis por crimes como o genocídio ou outros da mesma gravidade³. O julgamento desses tipos de crimes exige, no entanto, uma cooperação internacional que compreende, entre outros fatores, a criação de uma corte internacional.

3 Sobre esse assunto, ver a página oficial do Estatuto de Roma : <http://untreaty.un.org/cod/icc/index.html>.

Parece-me que nos dois exemplos, a categoria *crimes contra a humanidade* compreende unicamente comportamentos específicos como o genocídio ou o extermínio de grupos determinados, ou seja, ações que são cometidas contra coletividades e não contra uma pessoa em particular. Com a lei contra a tortura do Brasil, essas limitações ao conceito vão ser consideravelmente remexidas. De acordo com interpretações dadas à lei por políticos ligados aos direitos humanos, a tortura é considerada um crime contra a humanidade mesmo se não estamos falando de comportamentos similares aos mencionados acima. Assim, no caso brasileiro, mesmo se a tortura é praticada contra apenas uma pessoa e sem um alto grau de violência – ao menos não no sentido da violência própria de um genocídio – o ato será considerado um crime contra a humanidade. Como tal alargamento do conceito ocorreu?

4.5 A lei contra a tortura no Brasil (Lei nº 9.455/97)

Como eu estava dizendo, essa terceira maneira de construir a fronteira entre os crimes contra a humanidade e os crimes ordinários ou comuns é consideravelmente diferente das maneiras precedentes. Lembremos, em primeiro lugar, que a lei contra a tortura no Brasil não menciona, em seu corpo, o conceito de crime contra a humanidade:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;

III - se o crime é cometido mediante sequestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º O disposto nesta Lei aplica-se 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.

Entretanto, a categoria *crime contra a humanidade* é automaticamente associada à lei e ao crime de tortura, pelos circuitos de comunicação político e jurídico. Vou utilizar aqui o conceito de *medium*, extraído da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, para auxiliar na explicitação do meu argumento. O conceito

de *medium* é utilizado a partir da distinção *medium/* forma. Esta distinção remete à ideia de não identificar o veículo ou o meio de transmissão (*medium*) de uma informação, conceito adágio, etc., à sua *forma* específica, ou seja, ao sentido atualizado em um momento determinado, dentro de um quadro comunicacional específico (Pires, 2009). Um *medium* pode, assim, tomar, e efetivamente o faz, diferentes formas.

O *medium* é mais estável, no tempo, que a forma; ele também é mais flexível. Dito de outra maneira, ele não vai se transformar enquanto *medium*, mesmo se ele possa adquirir formas variadas. Além disso, os *mediuns* são sempre abertos para acolher diferentes formas externas (Corsi et Esposito, 1997, p. 58, *apud* Pires, 2009, p. 12). As formas, por outro lado, são menos duráveis no tempo e mais rígidas, na medida em que sempre serão *formas-de-um-medium* (Dubé, 2008). Como ressalta Pires (2009, p. 12) a seleção de uma forma particular “suspende as outras, mas não as elimina necessariamente”.

Para exemplificar o uso desta distinção, Pires (2009) toma a palavra “igualdade”. A palavra, enquanto tal, é um *medium*, enquanto as proposições específicas que selecionam este *medium* e indicam um dos sentidos possíveis a ser atribuído à ele são as *formas*. A construção da ideia de que “todos são iguais perante a lei” é uma das formas possíveis atribuídas ao conceito de igualdade”. “Todos devem ter as mesmas oportunidades na vida” seria uma outra forma possível. Quando dissermos que o *medium* é mais estável no tempo que a forma, isto significa simplesmente que o conceito ou o valor “igualdade” é mais durável se o comparamos com uma proposição específica sobre igualdade. A probabilidade que uma atualização particular da ideia de “igualdade” seja abandonada, rejeitada ou substituída por uma outra forma é muito maior que a probabilidade de abandonar ou modificar competamente o *medium* “igualdade”.

Um aspecto importante da distinção para minha pesquisa de doutorado e, portanto, para este artigo, é que há sempre muitas opções de formas que podem ser atribuídas ao mesmo *medium*, por um sistema dado. Quando o sistema (seja ele um sistema de função, uma organização ou mesmo um sistema

psíquico)⁴ escolhe uma forma determinada, as outras opções são temporariamente suspensas, mas isso não significa que elas tenham desaparecido. Elas continuam existindo como “reservas guardadas de possibilidades” (Pires, 2009, p.12) disponíveis. Um desenvolvimento e uma complexificação desta questão aparece, por exemplo, quando dois ou mais sistemas de função ou circuitos de comunicação (como classificamos, por ora, os direitos humanos) utilizam uma mesma teoria, um mesmo conceito ou princípio, para aplicá-lo à práticas distintas. Voltemos agora às minhas entrevistas. Nelas, os respondentes utilizaram largamente o *medium* “crimes contra a humanidade” apesar da expressão não aparecer na lei. Muito frequentemente, eles o distinguiram dos “crimes comuns”, que seriam todos os que não supõem violações aos direitos fundamentais:

Qual é a lógica do crime da tortura? Esses tipos penais pré-existentes, que eram lesão corporal, maus-tratos, abuso, cárcere privado, etc., eles são digamos, delitos menores, inerentes da atividade policial. Sabe, o policial anda no fio da navalha, vão transgredir ali ou não, tem que ter uma avaliação quase subjetiva. Tem que ter prova, que também é subjetiva, para saber se passou ou não passou do limite. Qual que é o limite do uso legítimo da força sabe? Então seria um delito menor. Aí quando se discute a tortura, não, a tortura é um crime que lesa a humanidade, esses aqui não são. O que é lesa humanidade? É o mal do século, a guerra da Argélia. A tortura vai e vem na história, vai e vem. Há uma repugnância contra a tortura e a condescendência, sempre tem um movimento pendular, né?

(Entrevista realizada com o político A)

Como esse político construiu a distinção? Quais elementos ele vai incluir em cada um dos dois tipos de crimes e quais são as consequências dessa inclusão, especialmente no que toca à escolha das penas? De acordo com as entrevistas, do lado dos *crimes contra a humanidade* encontramos a tortura e outros crimes como o genocídio ou o trabalho escravo. A lista dos crimes que seriam incluídos nessa categoria não foi exaustivamente explorada na minha pesquisa. No entanto, mesmo se essa categoria comporta outros comportamentos, a tortura suscita aparentemente uma especial repugnância. E os que praticaram a tortura são vistos como culpados de um ato particularmente abjeto.

4 A esse respeito Cf. Luhmann (1984 e 1997) e Moeller (2006).

A dicotomia *crimes comuns/crimes contra a humanidade* parece ser construída a partir de uma escala de gravidade: os crimes comuns são menos graves e os crimes contra a humanidade são sempre extremamente graves. E a tortura, ao menos no Brasil, se encontra entre esses últimos:

Você criou um crime penal novo, tortura, que é reputado internacionalmente como um crime de lesa humanidade, tem uma carga em cima dele dizendo isso. Então ele não pode ser tratado como um abuso da atividade policial, uma lesão corporal. Se um bom policial fizer uns abusos você tem tratar como abuso, você não pode querer também transformar em tortura o que é um desvio de conduta ali, temporário.
(Entrevista realizada com o político B)

Voltemos agora à lei brasileira contra a tortura. Lembremos que essa lei classifica na categoria de *crime de tortura* todos os atos que implicam o emprego da violência contra a vítima com o objetivo de obter um resultado qualquer (uma confissão, por exemplo) ou ainda enquanto castigo pessoal. A lei não explicita o tipo de violência que deve ser empregada para caracterizar a tortura, nem precisa o tipo ou a quantidade de pessoas que podem ser as vítimas. Como resultado, babás que se agridem crianças são tão torturadoras quanto policiais que ameaçam pessoas que estão respondendo processos ou que batem nos suspeitos de crimes. E todos esses infratores teriam igualmente praticado um crime contra a humanidade⁵.

A questão é, portanto, como passamos em algumas décadas da exterminação de uma raça, durante a Segunda Guerra Mundial, à violência contra suspeitos nas delegacias de polícia – ainda que se considere que esse comportamento da polícia seja absolutamente injustificável e que mereça ser punido – para se caracterizar o *crime contra a humanidade*? Como chegamos a colocar em um mesmo patamar uma agressão (grave ou leve, pouco importa) contra um indivíduo e o genocídio dos judeus? Evidentemente, eu não estou sugerindo que a violência policial não seja uma questão que deva ser tratada com seriedade. Eu estou apenas indicando que houve uma mudan-

ça significativa de escala e de proporção em matéria de comportamento quando se passa do genocídio de um povo à violência policial nas delegacias de polícia ou ainda à violência de babás contra crianças pelas quais são responsáveis. Evidentemente, à época do tribunal de Nuremberg, a amplitude do comportamento era central para permitir caracterizar um crime como contra a humanidade ou não. No entanto, quando se trata do crime de tortura no Brasil, o comportamento, ou melhor, a dimensão do comportamento, não está mais no centro da questão, caso contrário os maus tratos praticados por babás não seriam considerados. De fato, a lei contra a tortura e as interpretações que a acompanham parecem valorizar o atributo “crimes contra a humanidade” em detrimento da análise do comportamento, ou seja, a aceitação do atributo torna o crime mais grave, independentemente do tipo de comportamento em questão. É nesse sentido que se pode falar de um alargamento do conceito de crime contra a humanidade, se o comparamos com os limites que lhe tinham sido dados pela Carta do Tribunal Militar de Nuremberg. O raciocínio que permeia a lei contra a tortura no Brasil, sobretudo no que diz respeito à amplitude da ação que compreende o crime mesmo de tortura, considera não somente uma variedade de comportamentos – o Estatuto de Roma, aliás, enuncia uma série de comportamentos que integram a conceito de crimes contra a humanidade – mas também uma abertura a diversos níveis de gravidade. Desse modo, podemos dizer que a distinção *crimes ordinários/crimes contra a humanidade* não dizem respeito ao comportamento, mas à atribuição do qualificativo. Lembremos que a pena para a tortura simples, ou seja, a tortura não seguida de lesões corporais graves, é de 2 a 8 anos de prisão. O crime de lesões corporais leves, por exemplo, que é considerado um crime “comum”, é punido com 3 meses a 1 ano de prisão. Dito de outro modo, uma lesão corporal leve causada, por exemplo, pelo fato de haver recebido umas bofetadas de alguém, será considerado um crime de tortura se essas bofetadas tiverem sido dadas por um policial, no contexto de uma investigação criminal. Resultado: uma sanção de, no mínimo, 2 anos de prisão.

⁵ No Brasil a lei contra tortura é também utilizada para acusar e condenar babás que maltratam ou agridem, física ou psicologicamente crianças que estão sob seus cuidados. Já existem vários julgados nesse sentido.

5 O crime de tortura e a atribuição de sanções

A ideia importante nesse meu argumento é que a tortura no Brasil é percebida como um “bloco compacto” de gravidade. Tomemos o caso do julgamento de um agente da Polícia Montada do Canadá (la *Gendarmerie royale du Canada, GRC*)⁶, na província de Saskatchewan (R.c. Wigglesworth, 1987). O policial foi acusado de haver cometido o crime de vias de fato⁷ simples segundo o Código Criminal, assim como uma “falta grave relacionada ao serviço” segundo a lei da Polícia Montada do Canadá (*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970*). De acordo com a descrição dos fatos feita por um juiz da Suprema Corte que participou do caso, o policial levou o apelante (a vítima) ao posto da GRC de Yorkton (Saskatchewan) para fazê-lo passar por um teste de álcool. O apelante estaria em um carro no momento em que ocorreu um acidente envolvendo o veículo. O policial teria começado a interrogá-lo para saber quem conduzia o veículo no momento do acidente. Como o apelante insistia que era sua irmã quem conduzia o veículo e o policial desconfiou que ele estivesse mentindo, aquele lhe bateu no rosto. A cena se repetiu três ou quatro vezes antes que o apelante admitisse que era ele mesmo quem conduzia o veículo. Tendo em vista esses fatos, a defesa reconheceu “que o policial tinha cometido vias de fato simples no sentido do Código Criminal. Como consequência das vias de fato, o apelante teve dores de garganta, sentiu zumbidos nas orelhas e sofreu várias contusões menores no rosto” (Wigglesworth, 1987, tradução minha). As discussões que surgiram na Corte Suprema do Canadá eram a respeito da possibilidade de punir o acusado segundo o Código Criminal (pelo crime de vias de fato) assim como pela lei da Polícia Montada do Canadá (pela falta grave cometida em serviço). A questão era justamente saber se punir em função dos dois estatutos não implicava um caso de *bis in idem*, ou seja, de punir duas vezes pela mesma infração, dado que “o procedimento no tribunal de serviço e o procedimento na corte criminal eram ambos de natureza penal e comportavam um processo relativo a uma pretensa ‘infração’ e a possibilidade de con-

denação a uma pena de prisão” (Wigglesworth, 1987, tradução minha).

O que me interessa nesse caso é analisar as decisões que os tribunais canadenses tomaram no que toca às sanções. O tribunal de serviço da Polícia Montada do Canadá impôs como sanção *administrativa* uma multa de CAN\$300,00. Um ano depois, o acusado foi mais uma vez declarado culpado, dessa vez por uma infração criminal (apesar dos argumentos da defesa de *bis in idem*). O juiz do tribunal de recursos de Saskatchewan concluiu que se tratava de duas infrações diferentes e que, portanto, era necessário aplicar também uma sanção *criminal*. A pena da corte criminal foi uma multa de CAN\$ 250,00 pagáveis dentro do prazo de um mês, caso contrário a pena seria transformada em 15 dias de prisão.

O que podemos extrair desse julgamento? Em primeiro lugar, que as duas sanções impostas foram penas de *multa*. Apesar da infração cometida pelo policial ser considerada como grave nos termos da lei da Polícia Montada do Canadá, a pena aplicada não previu a prisão ou nenhuma restrição à liberdade ou a outros direitos. Além disso, é importante notar que a sanção imposta como pena *criminal* foi menos severa – o valor da multa foi menor – que a pena imposta pelo tribunal de serviço da Polícia. Esse exemplo é útil para ajudar a desconstruir duas ideias que parecem fixas, imutáveis, no nosso “imaginário” sobre o crime de tortura. Primeiro, há a tendência a crer que todas as situações que envolvem o crime de tortura são situações de extrema gravidade. Reconhecer que uma ação de tortura pode ser mais grave que outra não significa em absoluto uma atitude de descaso ou de indiferença, das autoridades – administrativa ou judiciária – ao problema em si da tortura. Se de um lado a tortura pode significar uma diversidade de comportamentos, de outro lado a pena de multa pode representar uma resposta “oficial” a um crime como esse sem que isso acarrete nenhuma surpresa ou constrangimento. No Canadá, a prisão não é a única sanção possível para casos como esse, apesar do fato de que o comportamento agressivo de um policial não é, de modo algum, uma atitude aceitável pela sociedade. O fato de que a resposta dada pelo sistema de justiça criminal não foi mais severa do que o tribunal administrativo nos leva a pensar sobre o

6 O equivalente da polícia federal brasileira.

7 Vias de fato significa agressão física praticada contra alguém sem nenhuma consequência grave.

papel da “justiça criminal” nas sociedades ocidentais.

Pires nos lembra que a palavra “justiça” se tornou frequentemente identificada à justiça *penal*. Assim, quando dizemos: “que justiça seja feita!”, pensamos normalmente à justiça penal como se somente ela pudesse fazer a “melhor justiça” (Pires, 1998, p. 9). No entanto, no caso da condenação do policial no Canadá, essa ideia de “melhor justiça” como sendo necessariamente a “justiça penal” é significativamente abalada, tendo em vista que não somente a sanção dada pelo tribunal de serviço da Polícia foi do mesmo tipo que a imposta pela corte penal, mas que, além disso, a multa administrativa da Polícia foi mais severa que a multa da “justiça penal”. Para o quê serve a condenação penal num caso como esse? Se a preocupação era punir de alguma maneira que fosse, o tribunal de serviço da Polícia já tinha se ocupado disso. Se a preocupação era impor uma pena pecuniária ao condenado, isso também o tribunal já tinha se ocupado. Finalmente, se a preocupação era condenar o policial a uma sanção severa, para mostrar à sociedade que um comportamento como esse não é aceitável e que a justiça (no sentido amplo) está presente para promover certos valores e garantir a proteção do ser humano, isso foi feito “melhor” pela justiça administrativa do que pela justiça penal. No final das contas, a justiça penal aparece aqui exclusivamente para cumprir um papel simbólico, para atestar que esse é um caso que envolve sérios valores. E por que essa exigência de recorrer sempre ao penal, mesmo quando ele não tem melhores respostas que outros sistemas jurídicos (ou mesmo morais) para determinadas situações? Essa pergunta remete ao problema da utilização da distinção entre *crimes contra a humanidade* e *crimes comuns*. A face *crime contra a humanidade* reivindica penas especialmente severas, que não podem em absoluto estar fora do penal. A essa face se integram as teorias modernas da pena (dissuasão, retribuição, reabilitação pela prisão), exigindo não somente o sofrimento do condenado, mas também sua exclusão social (pela prisão). Algumas entrevistas são bastante explícitas a esse respeito (sobre a associação do crime contra a humanidade e a importância de sanções criminais severas):

Então, quando chegamos nesse ponto de gravidade, quer dizer, o crime de tortura é um crime contra a humanidade, né? Então, quando chegamos nesse ponto, quando fazemos a lei, é inevitável ser severo com a sanção. E nossa lei é severa. Trata-se de uma pena de reclusão de 2 a 8 anos eu acho.
(Entrevista realizado com o político C)

As mesmas entidades que são contra o aumento da idade penal, que são contra as leis exclusivamente reativas (...) são a favor de uma pena mais grave para a tortura, porque é um crime de lesa-humanidade. (...) A tortura é diferente, ela está ligada ao fato de que a humanidade não pode conviver com a prática da tortura e a maneira de diminuir com a tortura no mundo é responder com uma punição severa.
(Entrevista realizada com o militante A)

Existe uma relação quase automática que é feita entre a gravidade do crime e a severidade da pena. Essa relação volta sempre ao mesmo mecanismo de exprimir o valor do comportamento com a quantidade (de sofrimento) da pena. Assim, a intensidade de reprovação que queremos exprimir quanto ao comportamento é comunicada exclusivamente por meio da aflição causada pela pena. No caso específico da combinação *crime contra a humanidade – tortura* não é o comportamento que estrutura a relação: é a etiqueta. É ela que determina a quantidade de sofrimento que a pena deve expressar e, assim, a intensidade da reprovação.

6 Conclusão

De acordo com os dados coletados, parece-me que os políticos e militantes se utilizam bastante dos “aprendizados” da racionalidade penal moderna quando eles vão se manifestar sobre a punição dos crimes contra a humanidade. Assim, quando as comunicações políticas são sobre a proteção dos direitos humanos, a punição criminal (na figura da pena longa de prisão) aparece como a resposta incontornável do Estado, mesmo se ela não é a única resposta possível ou mesmo a mais desejável. E quando as comunicações entram diretamente no tema das penas, elas reproduzem outras “ideias-chave” da racionalidade penal moderna, além da necessidade de mobilizar o direito penal para garantir a ordem social e/ou expressar os valores sociais mais importantes, tais como, a imposição de sofrimento para consolidar uma “verdadeira” punição.

A tortura é considerada um comportamento particularmente grave dentre as violações de direitos humanos e essa atribuição de gravidade desempenha aparentemente o papel de reafirmar o tipo de discurso punitivo (em favor das penas graves, aflitivas, etc.) que vemos nas comunicações políticas. Desta forma, não é surpreendente que a totalidade dos entrevistados tenha defendido a ideia de pena severa (de prisão) como punição para a tortura. O caso do discurso político sobre a punição da tortura é assim um exemplo de associação que se estabelece entre duas tramas discursivas distintas: a primeira (direitos humanos) entra com o “problema” ou o discurso sobre o *direito à proteção* enquanto que a segunda (racionalidade penal) entra com a “solução” ou o discurso sobre a *proteção*. E a única modalidade de proteção que a racionalidade penal conhece é através da pena aflitiva, no caso, a pena de prisão. Podemos assim dizer que essa associação de ideias tem como origem dois universos discursivos distintos (racionalidade penal moderna e direitos humanos). O resultado dessa combinação é um discurso que se diz ao mesmo tempo liberalizante e limitador, sem ser capaz de tematizar seu próprio paradoxo. Isso não quer dizer, no entanto, que se trata de uma fusão entre as duas tramas discursivas em questão: cada uma mantém a sua unidade. Não podemos dizer, portanto, que a trama discursiva dos direitos humanos absorve completamente as teorias da pena do direito criminal. Na verdade, trata-se de uma terceira realidade discursiva que coloca lado a lado a ideia de proteção dos direitos fundamentais e as teorias modernas na pena. Essa nova realidade discursiva apresenta certa harmonia ou sincronia (discursiva) quando ela é confrontada com as informações do exterior. Assim, diante de uma situação onde reconhecemos uma grave violação dos direitos humanos, espera-se que o discurso que é formado reaja de uma só maneira, com a mesma instrução: criar a figura de um crime contra os direitos humanos e lhe atribuir uma pena muito severa.

Para concluir, lembremos da imagem da garrafa de moscas, emprestada de Watzlawick por Pires (1998), para representar a armadilha em que consiste a racionalidade penal moderna no pensamento sobre as penas. A garrafa de moscas foi utilizada em algumas experiências para analisar as maneiras de reagir, do ponto de vista do conhecimento, em algumas circunstâncias. Essas garrafas tinham uma larga abertura, que dava uma impressão de segurança às moscas. Uma vez

do interior da garrafa, as moscas não eram mais capazes de sair, mesmo se a garrafa não estivesse tampada. Visto do interior, o gargalo estreito pelo qual as moscas tinham passado – o único caminho possível em direção à saída – parecia ainda mais perigoso que o espaço em que elas estavam (no fundo da garrafa). As moscas procuravam repetidamente a saída onde ela não estava: justamente no fundo da garrafa (Pires, 1998).

Numa situação como essa, diz Watzlawick, seria preciso ensinar às moscas que a única solução seria retomar o mesmo caminho – através da boca da garrafa – que elas tinham percorrido para entrar, mesmo que isso pareça uma opção mais perigosa do que continuar a procurar outra saída pelo fundo. Em outras palavras, seria preciso convencer as moscas de abandonar a realidade que elas construíram e que não é mais adequada (Watzlawick, *apud* Pires, 1998). Pires diz que construímos no ocidente algo semelhante à garrafa de moscas no que concerne à justiça criminal, e mais especificamente, à pena, no sentido de que não somos capazes de abandonar a realidade que construímos, mesmo se reconhecemos que ela não é mais conveniente.

Permanecemos presos a uma maneira de pensar as penas da mesma maneira que as moscas acreditam estar presas no interior da garrafa, apesar dela permanecer aberta. E temos medo de sair, assim como as moscas, porque para fazê-lo, seria preciso retomar o mesmo caminho que percorremos para entrar, ou seja, abandonar algumas estruturas cognitivas, tais como as teorias da pena, que nos parecem “evidentes” ou “naturais”, durante os últimos dois séculos. E assim, com medo, voltamos rapidamente para o fundo da garrafa e recomeçamos a imaginar soluções que reforçam as mesmas teorias e os mesmos conhecimentos (Pires, 1998).

////////////////////////////////////

7 Referências

- Adorno, S. (1996). *Gestão urbana do medo e da insegurança : violência, crime e justiça penal na sociedade contemporânea*. Tese (Livre Docência), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.
- Allard, J. (2004). L'humanité, un concept juridique sans précédent? In : T. Berns (dir.). *Le droit saisi par le collectif*, Bruylant: Bruxelles.
- Arendt, H. (1963) *Eichmann em Jerusalém* (José Rubens Siqueira, trad.). São Paulo: Companhia das Letras.
- Dubé, R. (2008). *Système de pensée et réforme du droit criminel: les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969). Thèse de doctorat*, Département de Sociologie, Université de Québec à Montréal, Québec, Canada.
- Luhmann, N. (1984). *Social System*, Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1995.
- Luhmann, N. (1997) *La sociedad de la sociedad*. Mexico: Universidad Iberoamericana, Herder, 2007.
- Martens, P. (2004) L'humanité comme sujet de droit. In: T. Berns (dir.). *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles: Bruylant, 207-238.
- Moeller, H-G. (2006). *Luhmann explained: from souls to systems*. Série Ideas Explained, vol. 3, Chicago: Open Court.
- Pinheiro, P. S.; Adorno, S ; & Cardia, N. (1999). Continuidade autoritária e construção democrática. *Relatório Final de Pesquisa*, NEV/USP.
- Pires, A. P. (1998) Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. In: C. Debuyst, F. Digneffe, A. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, (2), Ottawa: De Boeck Université, 3-52.
- Pires, A. P. (2001). La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et Sociétés*, Vol. XXXIII, n.1, 179-204.
- Pires, A. P. (2004). *Racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia*. *Novos Estudos do CEBRAP*, 68, 39-60.
- Pires, A. P. (2009), *Réflexions théoriques et méthodologiques sur les transferts des valeurs : Le cas du droit criminel*. In: Goyer, N. & Moser, W. (sous la direction). *Exploration d'un champ conceptuel*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, Coll. Transferts culturels / Cultural Transfers.
- Pires, A. P. & Garcia, M. (2007). Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort, in : Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant et Facultés universitaires Saint-Louis (avec l'aide du Fonds de la recherche fondamentale collective), 291-336.
- Possas, M. T. (2013). La rationalité pénale moderne et le système politique: les paradoxes de la création de la loi contre la torture au Brésil. In: Dubé, R. Garcia, M. et Machado, M. R. (dir.) *La rationalité pénale moderne*. Réflexions théoriques et explorations empiriques. Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 223-246.
- Possas, M. T. (2015). Produção de leis criminais e racionalidade penal moderna: uma análise da distinção 'conservador' x 'progressista' no caso da criação da lei contra a tortura no Brasil. *Dilemas*. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, 8(3), jul/ago/set 2015, 473-499.

Data de submissão/Submission date: 03.09.2015

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 21.10.2015