

**I CONGRESSO INTERNACIONAL DE
JUSTIÇA E MEMÓRIA – I CIJUM**

**LEGISLAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA DE
TRANSIÇÃO I**

L514

Legislação, Direitos Humanos e Justiça de Transição I [Recurso eletrônico on-line]
organização I Congresso Internacional de Justiça e Memória (I CIJUM): Universidade de
Itaúna - Itaúna;

Coordenadores: Giovanni Vinicius Caetano e Silva, Farissa Maria Drumond Chequer
Queiróz e Filipe Augusto Silva - Itaúna: Universidade de Itaúna, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-922-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Enfrentando o legado das ditaduras e governos de matriz autoritária.

1. Direito. 2. Justiça. 3. Memória. I. I Congresso Internacional de Justiça e Memória
(1:2024 : Itaúna, MG).

CDU: 34

I CONGRESSO INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E MEMÓRIA – I CIJUM

LEGISLAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO I

Apresentação

Recientemente se llevó a cabo el importante evento presencial brasiliano, Congreso Internacional de Justicia y Memoria (I CIJUM), esto es, el 02 de diciembre de 2023 y que tuvo como temática: “Enfrentando el legado de dictaduras y gobiernos autoritarios”. El mismo que fue organizado por la Universidad de Itaúna (UIT), a través de su Programa de Pos- graduación en Derecho, con el apoyo del Consejo Nacional de Investigación y Pos- graduación en Derecho (CONPEDI).

Es de resaltar plausiblemente la temática elegida para el mismo. Ello, en tanto que, si no se tiene memoria de lo ocurrido o no se aprende de lo vivido, lo que corresponde penosamente es, repetir los hechos acaecidos, tantas veces, hasta cuando se haya asimilado las enseñanzas dejadas por la historia.

Por ello, la historia es la ciencia que se encarga del estudio de los eventos y procesos del pasado y presente. Para esto, hace una recopilación de documentos o pruebas de los fenómenos sociales y culturales que permiten su reconstrucción y su análisis. Su objetivo principal es estudiar, indagar, comprender e interpretar lo que ha ocurrido en la humanidad, para así entender y aprender de esos hechos y por supuesto no repetir los errores que han ocurrido.

Pero quizá el elemento más significativo por el que aprender historia es importante es que esta materia ayuda a pensar. Las vueltas que han dado las sociedades desde la prehistoria hasta la actualidad han profundizado en la diversidad, en la contradicción, en el uso del poder para imponer y conocer cuáles han sido esos caminos nos ayuda a consolidar nuestro propio criterio sobre la sociedad. Algunos teóricos señalan que la historia es como una rueda de molino que siempre vuelve. Conocer nuestra identidad como personas y sociedades y encaminar nuestros pensamientos hacia esa diversidad son las claves para forjarnos un futuro mejor.

Conocer la historia no nos hará infalibles, ni evitará la reiteración de errores, ni nos anticipará el mañana; pero gracias al estudio de la historia podremos pensar críticamente nuestro mundo y tendremos en nuestras manos las herramientas para entender las raíces de los procesos actuales y los mapas para orientarnos en las incertidumbres del futuro. Desatender la historia

no nos libra de ella, simplemente regala el control. Las personas somos seres narrativos e históricos; ambos rasgos son intrínsecos a nuestra identidad.

Al hablar de historia, resulta imperativo dejar constancia, que, para entender y aprender de la misma, es preciso atender una mirada trífrente. Esto es, que es necesario abordarla desde el enfoque del pasado, del presente y del futuro.

Así, el presente evento se sitúa en el enfoque de lo ocurrido en el pasado, a efectos de aprender de ello y como consecuencia, nutrirse del aprendizaje respectivo. Dicho de manera específica: entender la historia, para no solamente no olvidarla, sino que, además, para garantizar que las dictaduras y gobiernos autoritarios, no vuelvan a repetirse o tener un mejor desempeño en rol fiscalizador de la población al gobierno de turno. Para finalmente, lograr o garantizar el abrace de la justicia.

Y es que la universidad, no solamente tiene por quintaescencia, la investigación y retribución de ciencia y tecnología hacia la población (además, de constituirse en un derecho fundamental, reconocido en la Constitución Política). Entonces, la universidad debe generar conciencia, análisis, para luego de ello, ejercer de manera inmejorable el control del Estado, a través del acertado ejercicio de los derechos fundamentales, a la transparencia y acceso a la información pública, a la rendición de cuentas, a no deber obediencia a un gobierno usurpador, a la protesta ciudadana pacífica sin armas, por citar solo algunos.

Ello, sin dejar de lado la trascendencia del método histórico en la investigación. Y es que sin investigación no existe vida universitaria, equivaldría a una estafa, a “jugar a la universidad”.

El método histórico es propio de la investigación histórica y con él se pretende, a partir del estudio y análisis de hechos históricos, encontrar patrones que puedan dar explicación o servir para predecir hechos actuales (pero nunca a corto plazo). Y se caracteriza por: i) Inexistencia de un único método histórico, ii) No genera predicciones a corto plazo, iii) Busca no solo contar la manera en que sucedieron los acontecimientos del pasado, también se centra en establecer hipótesis sobre por qué llegaron a suceder, lo que hace que muchos no consideren la historia como una ciencia al uso, ya que no establece absolutos, iv) Sus investigaciones se basan en fuentes de la época ya sean libros, documentos, diarios, enseres personales, v) Deben contrastarse las fuentes utilizadas y cerciorarse de que son realmente veraces.

Por ello, la historia se escribe constantemente a medida que vamos encontrando nuevos hallazgos. Hallazgos de los que debe quedar constancia, como expone el escritor Oscar

Wilde: “El único deber que tenemos con la historia es reescribirla”. Y Posiblemente, la razón de mayor peso para la importancia de la historia sea que, al conocerla y estudiarla, nos permite aprender a pensar y razonar por nuestra cuenta. Mientras más conocemos qué sucedió antes de nuestro tiempo, y cómo hemos llegado a la actualidad, con más argumentos contaremos para llegar a conclusiones propias con base en ello. Una habilidad que sin duda constituye un aprendizaje en diferentes aspectos de nuestras vidas.

En ese orden de ideas, deviene en imprescindible conocer, analizar la historia, para poder defender la democracia, el libre desarrollo de los pueblos, por ejemplo. Aunque, si bien es cierto, no necesariamente es lo mejor, es lo mejor que tenemos. Y los problemas de la democracia, deben ser enfrentados con más y mayor democracia.

Lo señalado no resulta ser de aplicación sencilla o menor, puesto, que por filosofía se sabe que el ser humano es marcadamente anti democrático, en vista de su naturaleza jerárquica y territorial.

En consecuencia, la relevancia que reviste el presente Congreso Internacional, cobra mayores ribetes y trascendencia.

Amerita, resaltar el rotundo éxito y tremenda acogida, por parte de conferencistas y asistentes. Es de apostrofar también, la masiva recepción de los casi 200 capítulos que formarán parte de los e- Book respectivos.

Por ello, felicitamos muy de sobremanera a los señores miembros de la Coordinación General, Profesores Dres. Faiçal David Freire Chequer, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Fabrício Veiga Costa, Deilton Ribeiro Brasil y Secretaria Executiva Dres. Caio Augusto Souza Lara y Wilson de Freitas Monteiro.

Así también, expreso mi profundo agradecimiento a mi amigo, el renocido jurista, Dr. Deilton Ribeiro Brasil, por haberme extendido la generosa invitación a elaborar las presentes líneas, a modo de presentación.

Finalmente, hacemos votos, a efectos que se continúen llevando a cabo eventos de tan gran trascendencia, como el bajo comentario, con el objetivo de fomentar la investigación, mejorar el sentido crítico de los estudiantes, procurar mejores destinos y plausible evolución de los pueblos, evitar nuevas dictaduras, gobiernos autoritarios, entre otros; sobre todo, en estos tiempos en los que la corrupción se ha convertido de manera muy preocupante y peligrosa, en un lugar común.

Arequipa, a 19 de enero de 2024

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisdom (Nigeria). Consultor jurídico. Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima). Presidente de la Escuela Interdisciplinaria de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Autor, coautor, director y codirector de más de ciento veinte libros, en diversas ramas del Derecho, desde un enfoque de derechos fundamentales e interdisciplinario, publicados en 15 países. Codirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia, Chile y Panamá.

**A ADVOCACIA CRIMINAL DEFENSIVA: UMA COMPARAÇÃO ENTRE O
AUTORITARISMO E A DIFICULDADE DOS ADVOGADOS NA PROTEÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS**

**DEFENSIVE CRIMINAL LAWYER: A COMPARISON BETWEEN
AUTHORITARISM AND THE DIFFICULTY OF LAWYERS IN PROTECTING
HUMAN RIGHTS**

Maria Luiza Sebbe de Assis ¹

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de analisar como o estigma relacionado a função do advogado criminalista corresponde ao modo pelo qual se aplica e se entende o Direito em governos autoritários. O enfoque da pesquisa recai sobre o cenário democrático brasileiro do século XXI e o período da Ditadura Militar no Brasil (1964-1985). Após verificação de tal semelhança, constata-se a necessidade de buscar compreensões mais profundas acerca da advocacia criminal. Seu exercício mostra-se fundamental à preservação do Estado Democrático de Direito e à garantia dos direitos humanos.

Palavras-chave: Advocacia, Autoritarismo, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to analyze how the stigma related to the role of the criminal lawyer corresponds to the way in which the Law is applied and understood in authoritarian governments. The focus of the research is on the Brazilian democratic scenario of the 21st century and the period of the Military Dictatorship in Brazil (1964-1985). After verifying this similarity, there is a need to seek deeper understandings about criminal law. Its exercise is fundamental to the preservation of the Democratic Rule of Law and the guarantee of human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Advocacy, Authoritarianism, Human rights

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A advocacia criminal defensiva, no atual cenário brasileiro, é marcada pela dificuldade estabelecida pela sociedade em dissociar o advogado do criminoso (TV Brasil, 2018), e pela ideia de que esse processo causa impunidade e injustiça para as vítimas. Nesse sentido, a presente pesquisa tem o objetivo de analisar como essa mentalidade social corresponde ao modo pelo qual se aplica e se entende o Direito nos governos autoritários, particularmente no período da Ditadura Militar brasileira (1964-1985). Tal semelhança se refere à falta de garantia de uma intervenção penal mínima e justa e à dificuldade de se fazer entender a necessidade da aplicação dos Direitos Humanos àqueles que cometem algum crime.

No cenário de um governo ditatorial, particularmente aquele iniciado com o golpe de Estado de 1964 no Brasil, é quase impensável que o exercício das funções de um advogado, tal como as conhecemos hoje, pudesse ser caracterizado através da observância estrita às leis e até mesmo à Constituição desse período (Spieler, 2013). Estas eram marcadas pelo interesse dos militares em manter o poder que tomaram e, de forma repressiva, impedir a ação de outros grupos contra o regime através da punição direcionada às ameaças políticas. Todavia, em um governo de exceções como esse, não é raro que os direitos fundamentais de quaisquer cidadãos, como a liberdade, a integridade física e psicológica, etc., sejam violados.

E ao relacionar esse contexto específico com a realidade brasileira atual, fica evidente como o problema enfrentado pela advocacia criminal é problemático. É verdade que, ao longo da ditadura, foram instituídos impedimentos de cunho legal à liberdade e ao próprio exercício da advocacia (Spieler, 2013), entretanto a dificuldade, como um todo, apresenta raízes sociais e éticas que fundamentam a consciência de um povo, a qual transita por diferentes épocas. Esta, ao repudiar o crime, condena o advogado, sem notar que, deste modo, perpetua a injustiça e a repressão pelo Estado.

No tocante à metodologia da pesquisa, o presente resumo expandido utilizou, com base na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), a vertente metodológica jurídico-social. Com relação ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo histórico-jurídico. Por sua vez, o raciocínio desenvolvido na pesquisa foi predominantemente dialético. Quanto ao gênero de pesquisa, adotou-se a pesquisa teórica-bibliográfica.

1. O ADVOGADO FRENTE À SOCIEDADE

A representação social do advogado criminalista é marcada pelos anseios da população no que diz respeito à justiça que se pretende através das garantias legais. Aquela, porém, não compreende que os criminosos, principalmente em crimes mais graves, devam ter seus direitos garantidos. Isso pode ser analisado a partir da noção de que, na medida em que alguém lesiona um bem jurídico e que essa conduta configura um crime nos termos do Código Penal, esta é inadequada socialmente e, por isso, o sujeito deve ser punido. Nessa formulação, são distintas as formas que cada indivíduo pensa serem necessárias para estabelecer uma retribuição pelo mal causado e reparar, de alguma forma, a vítima (ou a sociedade). Entretanto, as garantias aos direitos do próprio autor do crime muitas vezes são irrelevantes em tal análise, considerando a contrariedade que se coloca entre punição e proteção.

Todavia, em contraste com a pretensão de combater a conduta considerada incorreta por meio de uma sanção indiscriminada que parte de uma autoridade ou da vontade de um grupo específico que detém poderes na sociedade, são várias as teorias que procuram conferir legitimidade a intervenção repressiva do Estado. Segundo Fernando Galvão (2023, p.55) “a ideia de legitimidade está, inicialmente, vinculada às crenças que, em determinada época, orientam o consentimento e a obediência dos que a reconhecem”. Por isso, no Estado Democrático de Direito, a atividade repressiva estatal deve estar em consonância com a Constituição, pois esta representa a vontade do Povo.

No cenário brasileiro, a dignidade da pessoa humana está inserida na Constituição, em seu art. 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil. Por isso, serve de parâmetro para toda a intervenção punitiva (Galvão, 2023), a qual não pode ser realizada segundo critérios contrários à preservação de direitos fundamentais, a menos que se pretenda a destruturação de todo o sistema democrático.

Contudo, não sendo o suficiente enunciar garantias legais para efetivação do que emana, a Constituição estabelece os meios determinados para esse fim. Com o art. 133 evidencia-se a indispensabilidade do advogado na administração da Justiça, porque o objetivo desses profissionais é possibilitar a garantia de defesa, a qual é a principal forma de proteção dos direitos e da dignidade humana contra as arbitrariedades estatais e aos abusos do poder (Scaletsky, 2021). Nesse sentido, a todos os cidadãos brasileiros deve incidir o direito de defesa e, além disso, a preservação de sua condição de pessoa natural titular de direitos,

mesmo no caso da restrição ao direito da liberdade, em função de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico.

E para que esse processo ocorra, é fundamental que a profissão da advocacia se conforme com os interesses sociais, para que tenha a legitimação democrática. Mas quais seriam esses interesses? Se comumente são negligenciadas as atuações dos advogados criminalistas, reduzidas a meros espetáculos (OAB-MG, 2018) que promovem injustiça, não seria do interesse social garantir uma punição que não se preocupasse com os Direitos Humanos de pessoas que realizaram determinados crimes? A resposta é não, porque o interesse que alguns grupos e indivíduos defendem nem sempre correspondem ao interesse social, que diz respeito à noção do que é benéfico em termos de comunidade. Garantir que o devido processo legal ocorra e que mesmo os criminosos tenham seus direitos humanos preservados, significa manter a existência do Estado Democrático e impedir o poder excessivo do Estado.

Portanto, no que diz respeito a advocacia criminal e aos preceitos legais, verifica-se uma oposição entre o que está garantido na lei e parte do que ocorre na realidade. A razão disso é que a formalidade legal não muda ou não acompanha inteiramente o que se passa na realidade cultural e comunicacional de uma comunidade. Tal aspecto é colocado por José A. L. Sampaio (2004), como as distinções entre a formalidade e materialidade constitucionais. Aquela não consegue ter efetividade sem estar em conformidade com o que se coloca na realidade prática. Assim, numa nação, os valores morais e religiosos, muitas vezes, são mais influentes, sendo a legislação apenas mais um aspecto. E todas essas outras influências ajudam a formular uma concepção do advogado baseada numa ideia vulgar e simplista de suas funções, o que dificulta o objetivo supracitado da advocacia no Brasil.

Abaixo, será analisado como essa compreensão da defesa criminal e a ideia de punição estão relacionadas com um governo autoritário, e como isso impacta na efetiva proteção dos direitos garantidos pela Constituição brasileira de 1988.

2. A SEMELHANÇA COM A DITADURA

A partir do momento que instituições estatais não funcionam mais para regularem umas às outras, ou que não observem os parâmetros de um Estado Democrático de Direito, os princípios que fundamentam a aplicação do Direito voltado para a proteção do bem comum são subvertidos em prol do interesse daqueles que detém o controle da sanção. Nesse aspecto,

os regimes políticos autoritários não expressam a vontade popular e buscam estabelecer uma ordem política e social baseada numa única ideologia, em interesses e motivações específicos em cada país e momento histórico. E para isso, fundamentam uma ordem jurídica sem critérios de legitimação que garantam a segurança contra a repressão do Estado. Para Scaletsky (2021), “Aprendemos a duras penas, com o custo de vidas, que nenhum direito está imune a violações abusivas e práticas arbitrárias”.

Assim, na Ditadura Militar brasileira (1964-1985), instaurada a partir de um golpe de Estado, a gradual mudança da legislação e a publicação de decretos-lei significou uma perda da garantia de direitos fundamentais. Nesse caso, não somente no contexto político, mas também para aqueles acusados e/ou condenados por outros crimes, como aqueles previstos no art.10 do Ato Institucional N° 5, de 13 de dezembro de 1968 para a suspensão do *habeas corpus*. Além disso, com os poderes atribuídos ao Presidente da República, como a autorização de legislar em todas as matérias (A.I. N° 5), além dos poderes conferidos aos oficiais das forças armadas, não havia garantias de uma intervenção punitiva adequada em relação as condutas incriminadoras no geral.

Esse contexto demonstra o problema da injustiça ao lidar com o processo criminal, tanto os crimes cometidos por desobediência política ao regime, os denominados “presos políticos”, quanto os crimes usuais, aqueles que também são repudiados pela sociedade em um Estado Democrático. O fato é que, essa realidade que lida com as condutas ilícitas de acordo com critérios subjetivos que permitem a violência (a tortura, os sequestros e prisões), cuja existência durante o regime foi comprovada de acordo com o relatório final da Comissão Nacional da Verdade (Meyer, 2015), não se distancia da forma de pensar o crime mesmo no século XXI. E a parcela da sociedade que busca, como forma de justiça, punições cada vez mais desumanizadas, não consegue perceber as implicações dessa forma de intervenção extremamente repressiva.

A dificuldade que os advogados criminalistas enfrentam na prática reflete o repúdio daqueles que de fato não compreendem o importante exercício dessa função, mas que expressam na tentativa de reprimir a conduta incriminadora e proteger o bem jurídico violado. Todavia, as consequências de negligenciar a proteção jurídica para o acusado são negativas para a vida em comum. Entre elas, pode-se citar o encarceramento em massa e a condição dos presídios no país. Nas palavras de Bottini e Toron (2021, p.124), o fato de o Brasil ser o terceiro país que mais prende pessoas no mundo “indica que fizemos uma opção pelo encarceramento como política criminal e social”. Essa é uma escolha ineficiente, já que a

prisão não afasta o sujeito do crime, mas o insere num contexto de ainda mais violência. Além disso, segundo os mesmos autores, “metade dos encarcerados no país é provisória” (2021, p.125), e detentos com penas já cumpridas permanecem nos presídios por falta de assessoria jurídica (Bottini e Toron, 2021).

Os fatos apresentados indicam violações de direitos ocasionadas por um sistema de justiça que reflete as desigualdades do país. E impulsionar, cada vez mais, no cenário político, movimentos que ameaçam os princípios democráticos defendendo medidas para uma intervenção mais punitiva e violenta, através do ataque aos advogados de defesa, é instigar a manutenção da injustiça. Pois se se permite que o ordenamento não seja respeitado na aplicação dos direitos de uns, não há garantia de serem respeitados, os cidadãos, quando confrontados com o poder do Estado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise acima demonstra a importância de compreender com maior profundidade a importância da advocacia criminal no cenário brasileiro. Apesar das dificuldades dentro da própria classe, a saber a aversão de alguns juristas aos criminalistas, incrementadas por exemplos de profissionais que praticam condutas que não estão em conformidade com o ordenamento, é fundamental construir uma advocacia mais humanizada. Até mesmo contra o autoritarismo dos governos e a impunidade, bem como na proteção da democracia, faz-se necessário atuar em prol da preservação do direito individual e do devido processo legal.

Desse modo, o Poder Judiciário brasileiro deve pautar-se numa Justiça que apresenta um significado amplo, abrangendo as complexidades da vida contemporânea. Esta evidencia a necessidade de enfrentar o crime, prevenindo-o (e, nesse ponto, também é dever de outras instituições estatais), protegendo a sociedade e desincentivando sua prática. Os meios para isso devem, acima de tudo, respeitar os fundamentos do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, distanciar-se do estigma atribuído aos advogados e advogadas criminalistas.

Portanto, não somente pelo aspecto individual, mas pela harmonia da sociedade como um todo, a tarefa histórica da advocacia de levar as demandas judiciais à público e de dar a melhor solução possível para os conflitos deve ser respeitada e acessível a todos os cidadãos e cidadãs brasileiros.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTTINI, Pierpaolo; Toron, Alberto. **O Encarceramento em Massa**. In: Sadek, Maria Tereza... [et al.]. *O judiciário do nosso tempo: grandes nomes escrevem sobre o desafio de fazer justiça no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NÍCACIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5a. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Crimes contra a Humanidade, Justiça de Transição e Estado de Direito: Revisitando a Ditadura Brasileira. In: **Brasiliana– Journal for Brazilian Studies**. Vol. 4, n.1 (Aug. 2015). ISSN 2245-4373.

OAB-MG. **Advocacia Criminal, um mal necessário – Kakay**. YouTube, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5BzKhK6lQoY&t=1s>. Acesso em: 22 outubro 2023.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teorias Constitucionais em Perspectiva**. In: _____. (org.). *Crise e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 3-54.

SPIELER, Paula; Queiroz, Rafael Mafei Rabelo (coords.). **Advocacia em tempos difíceis: ditadura militar 1964-1985**. Curitiba: Edição do Autor, 2013.

TV BRASIL. **Advogado criminalista Kakay conversa com Roseann Kennedy**. YouTube, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=R354Zc8H0XY&t=567s>. Acesso em: 22 outubro 2023.