

---

# **CRIMINALIZANDO IMORALIDADES: A CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE DE ENTORPECENTES PARA USO**

# **CRIMINALIZING IMMORALITIES: THE CONSTITUTIONALITY OF THE NARCOTICS POSSESSION CRIME**

**Juan Biazevic<sup>1</sup>**

<sup>1</sup>Bacharel em Direito (2000), Mestre (2016) e Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito (2020), todos pela Universidade de São Paulo (USP). Atualmente é Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Desenvolve pesquisas nas áreas de raciocínio jurídico, teoria geral do direito, interpretação dos contratos e direito do consumidor.

---

## RESUMO

Nosso objetivo é analisar a alegação de que a proibição do porte de entorpecentes é inconstitucional por violação aos direitos liberdade e intimidade. Buscamos nos trabalhos de Devlin, Hart e Dworkin as ideias de filosofia política que autorizam a utilização do direito penal para a imposição de comportamentos. Defendemos que, em geral, os tipos penais são justificados por um princípio liberal que limita a liberdade nas situações de danos concretos a terceiros. Contudo, o direito penal também convive com crimes que proíbem condutas simplesmente por estarem em desacordo com a moral convencional do grupo. A distinção entre as proibições justificadas e injustificada é feita não por referência à moralidade convencional, mas através do exercício da moralidade crítica. A proibição paternalista está racionalmente justificada por argumentos de proteção à saúde e à integridade da família. A decisão de proibir a posse de entorpecentes é de natureza política e apenas pode ser tomada pelo Legislativo. Não há ofensa à Constituição por reconhecer.

**Palavras-chave:** filosofia política; moral e direito penal; porte de entorpecentes; liberalismo; paternalismo.

## ABSTRACT

Our goal is to analyze the claim that the prohibition on possession of narcotics is unconstitutional for violating the individual rights of freedom and intimacy. We found in Devlin's, Hart's and Dworkin's works the ideas of political philosophy that allow the use of criminal law to enforce behaviors. We argue that crimes are generally justified by a liberal principle that limits freedom in situations of actual damages to others. However, criminal law also has crimes that prohibit conduct simply because they disagree with social group's conventional morality. The distinction between justified and unjustified prohibitions is made not by reference to conventional morality, but through the exercise of critical morality. The paternalistic ban is rationally justified by arguments for the protection of health and family integrity. The decision to forbid possession of narcotics is a political one and it can only be taken by the Legislative. There's no offense to the Constitution to recognize.

**Keywords:** political philosophy; moral and criminal law; narcotics possession; liberalism; paternalism.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Criminalizando imoralidades. 2.1. O liberalismo pressuposto no relatório. 2.2 Devlin e a defesa dos valores sociais. 2.3. O ataque de Hart ao modelo de Devlin. 2.4. Análise crítica e a intervenção devastadora de Dworkin. 2.5. Resumo das teses. 2.6. Crimes que protegem exclusivamente a moral convencional no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Justificativas racionais para a criminalização do porte de entorpecente. 4. Conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Este texto foi escrito durante o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 635.659. Nele discute-se a constitucionalidade do tipo penal que criminaliza a conduta de portar entorpecentes para uso próprio. O julgamento se encontra suspenso em razão do pedido de vistas do falecido Ministro Teori Zavascki. O objetivo deste trabalho é prestar uma pequena contribuição ao debate sobre a criminalização desse tipo de conduta, com foco especial em um dos argumentos mais utilizados no debate.

O argumento que pretendemos enfrentar é o que defende que a criminalização do porte para uso é inconstitucional, pois viola as garantias à intimidade e à liberdade de autodeterminação, especialmente porque a conduta não causa danos a terceiros. Subjacente a esses argumentos está a afirmação de que a proibição não passa de uma forma intolerável de imposição da moral social majoritária em desfavor de indivíduos que devem ser livres para praticar quaisquer atos incapazes de causar danos. Nesses termos, refinando um pouco mais o que se deve analisar, a verdadeira questão é a compreensão dos limites pelos quais o Estado pode – se é que pode – criminalizar condutas incapazes de gerar danos aos interesses de terceiros, ou seja, a possibilidade de criar tipos penais exclusivamente para a proteção de valores morais compartilhados por uma maioria.

A análise que propomos deve ser dividida em duas partes. A primeira busca demonstrar o equívoco da tese de que o Estado apenas pode criminalizar condutas capazes de causar danos concretos a terceiros. A segunda pretende demonstrar que o crime em questão, apesar do discurso corrente, gera danos concretos a terceiros. O primeiro argumento tomará parte substancial do trabalho, enquanto que o segundo será exposto, de forma mais concisa, quando os elementos para a compreensão do primeiro já estiverem todos apresentados.

Não temos aqui por objetivo defender a ideia de que a conduta deva necessariamente ser proibida. Aqui o argumento é mais simples. Afirmamos apenas que a opção política de proibir o porte de entorpecentes para uso próprio é uma opção legítima do Poder Legislativo. A questão é extremamente complexa e envolve uma série de estudos e de formulações de políticas públicas que não podem ser desenvolvidos na esfera do Poder Judiciário. Nosso argumento é jurídico. Defendemos que a proibição não viola qualquer direito ou garantia individual, quer porque o Estado tem o poder de legitimamente criminalizar condutas que não geram dano direto a terceiros, quer porque a conduta em questão é capaz, sim, de gerar esses danos.

Finalmente, há de se fazer uma ressalva. A questão aqui colocada é essencialmente de filosofia política. Aqui não analisaremos a questão metodológica clássica sobre a existência de uma relação necessária entre o conteúdo da moral convencional e o conteúdo do direito positivo. A questão metodológica é impertinente para o debate, pois ela se dirige propriamente à questão da fonte de juridicidade das regras jurídicas em geral e não à justificativa racional de tipos penais em concreto. Aliás, basta recordar que Hart – o maior positivista metodológico do Séc. XX – não só admitia em seu modelo descritivo que a moral concorre para o conteúdo das regras jurídicas (HART, 1994, p. 185), como participou ativamente do debate que buscava determinar os limites legítimos dessa influência (HART, 1968).

## 2 CRIMINALIZANDO IMORALIDADES

Nesta seção argumentaremos que o Estado pode, dentro de certas circunstâncias, criminalizar condutas que violam a moral convencional, mas não geram dano concreto a terceiros. A questão não é nova no debate jurídico contemporâneo. Compreendê-la pode ser feito a partir da análise de um debate semelhante que se deu na Inglaterra durante os anos de 1960. Vejamos com mais detalhes esse debate.

Na Inglaterra, até meados do Século XX eram consideradas criminosas diversas condutas que violavam a moral dominante. Dentre outras, a manutenção de relações amorosas entre homossexuais. Na ocasião, foi criada uma comissão para a reforma da legislação penal. Essa comissão apresentou um relatório – chamado de Relatório *Wolfenden* – sugerindo que o crime deveria ser revogado. O argumento para a revogação era o de que o comportamento homossexual privado consentido entre adultos não poderia ser considerado crime, pois a função do direito penal é a preservação da decência e da ordem pública e não a intervenção na vida privada das pessoas ou a imposição de qualquer comportamento específico.

As conclusões do relatório ativaram um amplo debate de filosofia política. Seus principais atores não discordavam das conclusões, mas das justificativas apresentadas. Entendemos proveitoso analisar os fundamentos políticos do relatório e o debate que se seguiu entre Patrick Devlin, Herbert Hart e Ronald Dworkin. Ao final, esperamos que fique mais claro o argumento de que o Estado pode criminalizar condutas que violam a moral convencional, desde que presentes certos requisitos.

### 2.1 O liberalismo pressuposto no relatório

Nesta seção, analisaremos os fundamentos de filosofia política utilizados pelos autores do relatório para justificar a revogação dos crimes. A análise das justificativas apresentadas revela que seus autores estavam filiados aos valores políticos defendidos pelo liberalismo do Séc. XIX, notadamente pelo liberalismo apresentado por John Stuart Mill em *On Liberty* (1966). Para o pensamento liberal clássico, as pessoas, quando atingem a idade da razão, passam a ter uma esfera de autodeterminação inviolável. Cada indivíduo adquire a prerrogativa de interpretar o significado e os valores de suas próprias experiências. O liberalismo despreza as diversas formas de paternalismo, pois defende que a vida digna de ser vivida é aquela motivada por valores internos, pelas compreensões sobre o que é valioso mantidas por cada indivíduo. As pessoas devem ser livres para viver de acordo com suas crenças, sem serem penalizadas por comportamentos não ortodoxos de qualquer espécie, mesmo nas esferas religiosa e sexual (KYMLICKA, 2002, p. 213-6). Nesses termos, Mill traça limites ao exercício do poder estatal para a defesa da liberdade. Para ele, o direito não pode interferir na liberdade individual, a menos que a conduta seja capaz de gerar dano físico às demais pessoas (DEVLIN, 1968, p. 103-4).

Não é impertinente recordar que parte dos argumentos sobre a liberdade de autodeterminação e de defesa da intimidade apresentados no debate sobre a descriminalização do porte de entorpecentes possui essa mesma fonte. Os que defendem que a criminalização viola a dignidade humana defendem que cada indivíduo deve ser livre para tomar suas próprias decisões. Desde que a conduta não viole interesses legítimos alheios, não pode o Estado penalizar comportamentos pelo simples fato de serem contrários aos valores morais da maioria das pessoas da sociedade. O simples fato de a maioria das pessoas entender ser errado usar entorpecentes não pode impedir pessoas maiores e capazes de expor voluntariamente seu corpo aos riscos inerentes ao consumo de drogas. Em suma, não devem ser consideradas ilícitas quaisquer formas de autolesão.

Compreendidos os fundamentos de filosofia política que amparam esses raciocínios, podemos analisar as críticas inicialmente apresentadas por Lord Devlin.

### 2.2 Devlin e a defesa dos valores sociais

Devlin, na coletânea de artigos *The Enforcement of Morals*, rejeitou as justificativas liberais de fundo do relatório. Ali ele defendeu que a sociedade deveria ter o poder de utilizar o direito penal para a defesa dos seus valores morais mais importantes, ainda que as condutas cri-

minalizadas não fossem capazes de causar danos físicos a terceiros. Os danos à sociedade não se restringiriam a danos concretos a cada um de seus membros, mas incluiriam danos imateriais aos valores morais que unem o grupo social em torno de uma certa forma de vida. Essa possibilidade de violação ao conjunto mais importante de valores compartilhados é o que justificaria a utilização do direito penal para a imposição de determinados comportamentos. Esse argumento foi desenvolvido em três etapas. Vejamos cada uma delas.

Inicialmente, Devlin alega que a sociedade se caracteriza pelo compartilhamento de ideias morais e políticas. É isso que a distingue do mero agrupamento de pessoas. Assim, já que a existência da sociedade depende desses laços invisíveis, ela pode fazer juízos de valor sobre a conduta moral de cada um de seus membros. Afinal, viver em sociedade é aceitar esses parâmetros comuns e agir respeitando-os. Ele ilustra essa afirmação a partir da estrutura monogâmica da família inglesa. A adoção da monogamia não se deu por imposição do Estado, mas porque o grupo social que compõe o Estado aceita a monogamia como um padrão moral que conduz a uma boa forma de vida. Pretender viver em outra estrutura familiar é sujeitar-se ao juízo social de reprovação pelo descumprimento da estrutura familiar tida como moralmente correta pelo grupo (DEVLIN, 1968, p. 9-10).

Em um segundo momento, considerando que sociedade tem o direito de realizar juízos de valor sobre a conduta de seus membros, Devlin argumenta que há de se garantir à sociedade a possibilidade de impor coativamente seus padrões morais. A justificativa política dessa possibilidade é a autopreservação da sociedade e não um pretensão papel do Estado como promotor da virtude. A moral que se pode impor é aquela já aceita pela comunidade, não podendo o legislador pretender substituir a moral compartilhada por sua moral particular (DEVLIN, 1968, p. 89-90). Ademais, não seria possível cindir a moralidade em pública e privada. Em verdade, o que se considera moralidade privada deve ser compreendida como comportamento privado em questão moral (DEVLIN, 1968, p. 9). Ele ilustra esse argumento com o exemplo do ébrio. O fato de uma pessoa se embriagar no interior da sua residência não representa qualquer risco para a sociedade. Contudo, se metade da população se entregar ao vício, porque tal circunstância colocaria em risco a manutenção do próprio grupo a intervenção do direito estaria perfeitamente justificada (DEVLIN, 1968, p. 13-15).

Por fim, a última etapa de seu argumento busca definir os limites nos quais, em concreto, seria lícito impor coativamente um padrão moral através do direito. Seu projeto não pretende impor uma espécie de ditadura da maioria, mas limitar a possibilidade do uso do direito penal apenas para as situações consideradas ofensivas ao núcleo-duro da moral de um determinado grupo social, ou seja, situações capazes de violar os valores considerados mais importantes pelas pessoas que compartilham aquela forma de vida. Nesses termos, a questão que naturalmente se coloca é a da forma pela qual o conteúdo do núcleo-duro da moral de uma comunidade será determinado. Devlin recorre ao conceito de deliberação do homem razoável para responder essa pergunta, conceito que deve ser entendido como um tipo ideal a partir do qual a decisão política de criminalizar uma conduta pode ser criticamente analisada. Segundo seu argumento, apenas as questões capazes de encontrar consenso entre homens razoáveis podem ser impostas através do direito penal. Esse “homem razoável” seria uma pessoa que pertence ao grupo social, mas que não estaria emocionalmente vinculando à questão em análise. Sua posição se assemelharia à posição do jurado no julgamento de um caso, que compartilha a mesma forma de vida das pessoas envolvidas, mas que deve julgar a causa de forma emocionalmente neutra. Para determinar se uma deliberação qualquer do legislador respeitou os limites dessa razoabilidade, Devlin apresentou quatro princípios-teste. Esses princípios não são princípios universais ou universalizáveis, mas, sim, princípios forjados em torno dos valores tidos como importantes para a sociedade inglesa da época. Os princípios que testam se a deliberação do legislador equivale à deliberação do homem razoável são: (a) deve ser tolerado o máximo de liberdade indivi-

dual compatível com a integridade da sociedade; (b) deve-se usar de cautela ao estabelecer ou revogar leis sobre temas morais; (c) tanto quanto possível, a privacidade deve ser respeitada; (d) o direito deve ocupar-se de um mínimo moral, não do máximo (DEVLIN, 1968, p. 16-25).

Em suma, Devlin rejeita o ideal liberal de que o direito penal apenas pode ser utilizado para coibir condutas capazes de criar danos físicos concretos a terceiros. Como o que caracteriza a existência da sociedade é exatamente o compartilhamento de certos valores, há de se reconhecer que algumas condutas são capazes de gerar dano imaterial aos valores morais centrais do grupo. A sociedade, como uma espécie de mecanismo de autoconservação, deve ter o poder de proibi-las. O valor que justifica a proibição concorre com outros valores importantes para o mesmo grupo, tais como a máxima proteção possível à liberdade e à privacidade.

### 2.3 O ataque de Hart ao modelo de Devlin

Hart, tal como Devlin, não concordava com os fundamentos apresentados no relatório. Entretanto, ele ofereceu na obra *Law, Liberty and Morality* (1968) uma crítica ampla aos argumentos apresentados por Devlin. Interessam-nos, para o que aqui pretendemos desenvolver, duas delas: (a) para Hart, pretender justificar a proibição de um comportamento imoral, ao contrário da sua leitura do que fazia Devlin, pressupõe recorrer a um princípio de justificação racional; (b) não está claro se a afirmação de Devlin, de que a violação da moral convencional é um ataque à sociedade, é uma afirmação empírica ou a defesa da moral positiva como um valor em si mesmo. Vejamos com mais detalhes cada uma delas.

No primeiro tópico, Hart sustenta que a verdadeira questão no debate com Devlin é determinar se o simples fato de uma conduta estar em desacordo com o padrão moral convencional é justificativa suficiente para a imposição de uma sanção penal (HART, 1968, p. 4). Compreender o argumento pressupõe distinguir os conceitos de moral positiva e moral crítica. Deve-se entender por moral positiva (ou convencional) o conjunto de crenças morais compartilhadas por um determinado grupo social, como a crença compartilhada pela maioria de que o uso de entorpecentes é algo que deve ser proibido. Já a moral crítica é um conceito que reúne os princípios morais gerais empregados racionalmente para a crítica das instituições sociais concretas e para a crítica da própria moral positiva. Assim, quando se afirma que não se devem punir condutas incapazes de lesionar terceiros, está se utilizando um princípio racional da moral liberal para criticar a proibição de condutas sem esse predicado. Para Hart, portanto, há uma posição moral a partir da qual a moralidade positiva de um grupo pode ser criticada racionalmente (MACCORMICK, 1981, p. 46-7). É nesse contexto, por exemplo, que frases como “a moral da máfia é imoral” se tornam inteligíveis. Nela, o que se pretende afirmar é que o conjunto de valores utilizado por esse grupo deve ser criticamente avaliado de forma negativa.

Encerrada a digressão, podemos retomar o argumento. Para Hart, as instituições sociais sempre estão abertas à crítica moral. Colocar a questão da justificação da imposição da moral positiva é necessariamente comprometer-se com o princípio crítico geral de que o uso da coação jurídica exige uma justificação como algo *prima facie* censurável, a ser tolerado apenas em razão de alguma boa contrapartida (HART, 1968, p. 20). Não basta justificar a imposição por referência às práticas sociais ou à moral positiva, porque elas podem não ser boas, ou seja, elas podem não ser justificáveis a partir de uma crítica racional. O erro de Devlin, nesse ponto, seria o de mesclar a moral positiva com a moral crítica, presumindo que qualquer proibição legislativa editada estaria, pelo simples fato da edição, moralmente justificada. Devlin estaria, como acusa Hart, extraindo a moralidade de fatos, sem recorrer a nenhum princípio crítico geral. Para Hart, portanto, não é possível presumir que toda e qualquer mudança na moral positiva será danosa para o grupo social. Qualquer juízo de valor sobre esse tema deve necessariamente passar por algum tipo de raciocínio crítico. Por exemplo, em uma sociedade extremamente

conservadora quanto aos padrões de comportamento sexual, a moralidade convencional certamente condenará o relacionamento entre homossexuais, embora a condenação não encontre justificativa racional. A justificativa correta não deve ser buscada na moralidade convencional do grupo de conservadores, mas em princípios gerais racionais da moralidade que permitem testar os padrões morais criticamente.

Quanto ao segundo tópico acima delineado, Hart propõe uma distinção entre duas versões possíveis para a justificativa da proibição de comportamentos imorais, versões que ele chamou de moderada e extrema. Em uma apertada síntese, poderíamos afirmar que a tese moderada afirma que o ato proibido está politicamente justificado se violar a moral compartilhada e enfraquecer a sociedade. Os requisitos são cumulativos. A tese extrema, por sua vez, justifica a punição a partir do mero fato de a conduta estar em desacordo com a moralidade positiva, independentemente do concreto enfraquecimento. Apoiado nessa distinção, Hart critica a tese de Devlin, porque na sua obra não estaria claro se a afirmação de que a violação da moral convencional enfraquece a sociedade é uma afirmação empírica ou uma verdade necessária. Devlin parece alternar, acusa Hart, entre as teses moderada e extrema, porque não há nenhuma evidência empírica para sustentar que tudo aquilo que gera desgosto é capaz de colocar em risco a sociedade. A homossexualidade, por exemplo, não seria capaz de gerar a desagregação da sociedade, embora, naquele momento histórico, ainda fosse capaz de gerar sentimentos de repulsa em parcelas da conservadora sociedade inglesa. Então, quando Devlin reserva a possibilidade de proibição sem apoio em qualquer evidência empírica, embora ele aparentemente espouse a versão moderada da justificativa, ele, em concreto, defende a forma extrema (HART, 1968, p. 50-1). A distinção entre as versões moderada e extrema é interessante na tese de Hart, pois permite articular dois tipos de críticas ao modelo de Devlin. Na parcela que Devlin aparenta ser um moderado, sua tese estaria equivocada pela falta de demonstrações empíricas de que a imposição da moral convencional é sempre necessária para impedir o enfraquecimento da sociedade. Na parcela que ele aparenta ser um extremado, a tese deve ser rejeitada, porque nela não há espaço para articular uma justificativa baseada na moral crítica apoiada em um princípio racional.

#### **2.4 Análise crítica e a intervenção devastadora de Dworkin**

O debate estabelecido entre os autores é de filosofia política, porquanto discute a justificativa da utilização do direito penal para a imposição coativa de padrões morais. Hart e Devlin concordam que é possível utilizar o direito para a imposição de valores morais compartilhados, mas discordam quanto aos critérios que autorizariam a imposição institucionalizada da moral como padrão cogente de comportamento. Para melhor compreender a análise dessas posições, importante recordar os principais pontos de divergência de cada autor.

Hart defende que a justificativa da imposição do parâmetro moral deve estar apoiada em algum princípio crítico geral. Não basta simplesmente fazer referência à moral positiva, pois isso não garante que o que se está impondo é algo digno de tutela. Hart, porque adepto de uma forma de liberalismo-utilitarista, sustenta que apenas se justificaria a imposição da moral para tutelar as pessoas contra danos físicos de terceiros. Excepcionalmente, seriam admitidas algumas situações de paternalismo, protegendo as pessoas em situações de autolesão (HART, 1968, p. 30-1).

Devlin, por sua vez, reconhece que a razão tem seus limites e que ela, sozinha, não é capaz de determinar totalmente a compreensão da moral como uma realidade que é composta por sentimentos e paixões. Sua tese está apoiada em uma forma de ceticismo, baseada na ideia de que, embora cultos, os filósofos morais jamais conseguiram alcançar o consenso em matéria moral. Imaginar que um princípio racional, nesse contexto, seria capaz de servir como critério

para a determinação exata do que pode e do que não pode ser legislado é exigir da razão mais do que ela é capaz de fornecer. Assim, justificar a imposição da moral a partir da ideia de homem razoável é uma boa alternativa prática, porque protege a moral dominante naquilo que é essencial para o grupo e evita a tirania da razão. Como ele afirma,

[t]odo julgamento moral [...] é simplesmente um sentimento de que nenhum homem razoável poderia ter se comportado de nenhuma outra forma sem admitir que estava se comportando mal [...]. É o poder do senso comum e não o poder da razão que está por detrás do julgamento da sociedade (DEVLIN, 1968, p. 17, tradução nossa).

Devlin não percebe, contudo, que a terceira etapa de seu argumento – a etapa na qual o direito de a sociedade impor coativamente padrões morais passa pelo teste do homem razoável – é, na realidade, exatamente a apresentação de um princípio geral crítico que defende o valor liberdade. Apresentar esse limite é, portanto, apresentar critérios normativos para justificar o exercício do direito que a sociedade titulariza de impor padrões morais coativamente. Nessa leitura, então, a despeito das críticas de Hart, os princípios críticos estariam presentes na obra de Devlin, embora não articulados claramente nesses termos.

Entendemos, contudo, que a falta de percepção de Devlin acerca da presença de um princípio de moral crítica em sua obra pode ser creditada, em verdade, à pequena importância que ele concede a esse princípio no tratamento de questões-limite. Como fica claro na crítica que lhe foi feita por Dworkin (1966), embora a terceira etapa do argumento sirva como mecanismo de contenção, esses princípios limitativos não têm aplicação quando houver enorme sentimento público de “intolerância, indignação e desgosto” (DEVLIN, 1968, p. 17). Então não há verdadeiro limite normativo, porque, no extremo, o único que se exige é o enorme sentimento de desaprovação. Como acusa Dworkin, na segunda proposição do modelo de Devlin o ultraje público se apresenta como o critério que afirma que não há área da moralidade que escape a priori do campo de regulação pelo direito. Mas, em algum lugar na transição para a terceira proposição, esse critério se torna, ele mesmo, a razão afirmativa para proibir. Assim, quando houver um ultraje claro – e só por isso – o direito estaria autorizado a intervir sem qualquer outro requisito (DWORKIN, 1966, p. 992).

As demais críticas apresentadas por Dworkin são devastadoras para o argumento de Devlin. Dworkin o acusa de não compreender como se desenvolvem nossas práticas de crítica moral, destacando que nossas convenções são muito mais complexas e estruturadas do que as por ele consideradas. De forma extremamente sintética, Dworkin destaca que usamos as expressões “posição moral” ou “convicção moral” em contextos de justificação ou crítica de alguma proposição moral concreta. Assim, afirmar que se está defendendo uma posição moral é apresentar razões reconhecidas como tais dentro de parâmetros da própria prática de criticar moralmente. Nossas práticas de crítica moral não aceitam razões que têm base em preconceitos, em falseamentos da realidade, em questões de mera aversão pessoal ou baseadas em padrões arbitrários. Ademais, essas razões devem poder ser reconduzidas a algum princípio ou teoria moral mais geral, ainda que o falante não seja capaz de articulá-los claramente, porque existe a crença de que os fundamentos últimos da imoralidade são determinados por um pequeno grupo de padrões muito gerais. Em suma, não é possível afirmar, com a mera referência a gostos ou sentimentos pessoais, que a posição que se defende é uma posição de natureza moral. Não é assim que se desenvolvem as nossas práticas de crítica moral (DWORKIN, 1966, 1.000).

O erro de Devlin é conceber os conceitos relativos às questões morais num sentido meramente descritivo, chamado por Dworkin de antropológico. Para Devlin, o consenso moral da comunidade pode ser alcançado pela mera quantidade de pessoas que acreditam naquela

crença e em virtude do tamanho do sentimento nela envolvido. Essa concepção de moralidade está equivocada, porque viola a crença compartilhada de que juízos baseados em preconceito não são justificativas legítimas para a limitação da liberdade individual. Devlin não está equivocado em considerar as ideias relativas ao consenso moral da comunidade, mas, sim, no que ele considera ser esse consenso. O legislador dos regimes democráticos tem o dever de testar as credenciais do consenso, apartando os juízos injustificáveis dos que podem ser considerados dentro do discurso reconhecidamente moral (DWORKIN, 1966, p. 1.001).

Em suma, a liberdade é, nas sociedades contemporâneas, um valor que merece especial preservação. Antes de limitá-la, é necessário avaliar criticamente os valores em conflito para justificar a possibilidade da redução da amplitude desse valor fundante. Assim, o modelo de Devlin, porque simplifica a maneira pela qual nossas práticas de crítica moral se desenvolvem e, ainda, porque essa simplificação abre espaço para que juízos baseados em sentimentos preconceituosos sejam tomados como justificativa suficiente para a limitação do direito de liberdade, não pode ser aceito como modelo adequado para o controle da possibilidade da imposição de padrões morais através do direito penal.

## 2.5 Resumo das teses

É possível resumir cada uma das posições acima articuladas nos termos que seguem. Para o liberalismo clássico, a liberdade apenas pode ser cerceada nas condutas capazes de gerar dano físico a terceiros. Para Devlin, a sociedade tem o direito de se autopreservar, podendo proibir quaisquer condutas capazes de ofender o núcleo-duro dos valores morais que a identifica. Hart e Dworkin, por sua vez, sustentam que a liberdade é um valor fundante das sociedades ocidentais que apenas pode ser limitado em casos excepcionais. Hart afirma que a proibição apenas será legítima se sobreviver a uma análise pelo prisma da razão crítica, não sendo possível justificar racionalmente a proibição apenas com base no conteúdo da moral convencional de um determinado grupo. Dworkin agrega a essa ideia o argumento de que o exercício da moral crítica é a única forma capaz de distinguir as proibições baseadas em preconceitos das proibições racionalmente defensáveis.

Fica claro a partir dos argumentos de Hart e Dworkin, com os quais concordamos, que é possível criminalizar condutas incapazes de gerar dano físico concreto a terceiros, desde que a proibição possa ser justificada a partir de argumentos racionais formulados a partir de algum valor reconhecidamente importante para a sociedade. A impossibilidade de justificar a proibição a partir da moral crítica deverá ser considerada como indício de que a proibição está baseada em um preconceito, permitindo o reconhecimento de sua invalidez por violação aos princípios constitucionais centrais do ordenamento reunidos em torno da cláusula geral da proteção da dignidade da pessoa humana.

## 2.6 Crimes que protegem exclusivamente a moral convencional no ordenamento jurídico brasileiro

O objetivo neste tópico é ilustrar que o direito brasileiro possui tipos penais que tutelam exclusivamente a moralidade convencional. Com isso, pretendemos reforçar o argumento de que a sociedade pode utilizar o direito penal para impor comportamentos que considera errados apenas porque estão em desacordo com a moral compartilhada. Aqui não se pretende realizar uma análise exaustiva do ordenamento jurídico nacional, mas destacar situações nas quais a liberdade individual é cerceada legitimamente a partir de considerações racionais for-

muladas a partir da moralidade convencional. Vejamos dois casos.

A Lei nº 9.605/1998 criminaliza as condutas de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar quaisquer animais (art. 32). Assim, considera-se criminoso a conduta de, por exemplo, torturar uma pomba comum, uma daquelas que aos milhares habitam as praças das cidades. Note-se que a conduta de torturar a ave viola o conteúdo de nossa moral positiva e a proibição pode ser sustentada pelo princípio racional de que os animais, embora não sejam sujeitos de direito, não devem ser submetidos à dor de forma injustificada. Assim, não viola a dignidade da pessoa humana a redução da liberdade individual de torturar quaisquer pragas urbanas, embora a conduta não seja capaz de gerar danos aos interesses de quaisquer pessoas.

Da mesma forma, o Código Penal proíbe a prática de ato obsceno em local público, aberto ou exposto ao público (art. 233). A conduta de um homem surpreendido por um adulto se masturbando em praça pública não é capaz de causar dano, embora, novamente, viole nosso código moral convencional e possa ser justificado racionalmente.

O que justifica essas duas restrições à liberdade individual não são os valores do liberalismo clássico, mas o conteúdo da nossa moral positiva racionalmente analisado pelo prisma da moral crítica. Então, nosso argumento é o de que o direito brasileiro não é insciente quanto à possibilidade de proibir condutas ofensivas aos valores morais compartilhados. Ao contrário, temos hipóteses reconhecidamente constitucionais que diminuem a esfera de liberdade individual apenas para a tutela de valores morais. Obviamente, diversos tipos penais podem ser justificados racionalmente por valores do liberalismo. A imensa maioria dos crimes busca defender as pessoas de interferências alheias indevidas em seus interesses mais valiosos. Contudo, não é possível – e esse é o ponto que deve ser devidamente compreendido – restringir por completo a justificação do conteúdo das regras de direito penal a uma teoria política liberal. O princípio da dignidade da pessoa humana não representa a positivação constitucional da obra liberal de John Stuart Mill.

### 3 JUSTIFICATIVAS RACIONAIS PARA A CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ENTORPECENTE

Neste momento já apresentamos todas as ideias necessárias para a compreensão do debate em torno da constitucionalidade da proibição do porte de entorpecentes para uso próprio. A análise dos argumentos apresentados em torno do debate do Relatório *Wolfenden* nos permite fixar os seguintes conceitos:

1. O conteúdo do direito penal é determinado por padrões morais convencionais, pois a sociedade normalmente busca proteger os valores que entende mais valiosos para o grupo.
2. Justificar a existência de tipos penais é procurar, a partir da moralidade crítica, apontar discursivamente razões aceitáveis para a limitação ao direito de liberdade.
3. Na maior parte dos casos, as proibições estarão justificadas pelo princípio moral liberal que proíbe condutas lesivas a terceiros.
4. Haverá casos de proibições de comportamentos que não causam danos a terceiros, mas que são considerados indesejáveis a partir da moral convencional. Essas proibições devem poder ser justificadas a partir da moralidade crítica.
5. As proibições baseadas na moralidade convencional, incapazes de serem justificadas pela moral crítica, devem ser consideradas proibições preconceituosas e, por esse motivo, inválidas.

Devemos ainda agregar mais duas ideias a partir da separação dos poderes e do papel institucional do Legislativo e do Judiciário:

6. A decisão de proibir uma conduta é uma decisão política da comunidade que deve ser tomada, dentro do sistema jurídico nacional, pelo Poder Legislativo. É dever do Legislativo

testar as credenciais do consenso moral, separando os juízos justificáveis dos preconceituosos.

7. Para a defesa das garantias constitucionais fundamentais, é dever do Judiciário revisar criticamente as justificativas racionais para a limitação ao direito de liberdade, invalidando as restrições incapazes de serem amparadas por raciocínios de crítica moral. Entretanto, não pode o Judiciário, sem violar a separação dos poderes, invalidar a legítima decisão política do Legislativo de proibir condutas justificáveis pelo prisma da razão crítica.

Postas as premissas, podemos analisar diretamente a questão inicialmente proposta.

Já vimos que a sociedade pode proibir comportamentos incapazes de gerar danos a terceiros, desde que a proibição venha amparada por argumentos de moralidade crítica. A proibição para porte e consumo de entorpecentes pode ser considerada uma forma de paternalismo, situação na qual a sociedade reduz a esfera de autodeterminação para a proteção do indivíduo contra atos próprios lesivos. Há outras formas de paternalismo no direito brasileiro, como a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança nos carros e as limitações à liberdade contratual nas relações de trabalho e consumo. Vê-se, portanto, que as situações de paternalismo não violam, *per se*, a liberdade individual, mas, novamente, exigem a apresentação de justificativas racionais. Entendemos que existem pelo menos três boas justificativas racionais disponíveis para a proibição paternalista. Vejamos cada uma delas.

Há ampla literatura indicando que o consumo de drogas, mesmo as leves, gera transtornos de personalidade, diversos problemas de saúde e serve como convite ao consumo de drogas mais pesadas. Muito já se escreveu sobre o assunto e entendemos ser desnecessário repetir o que outros já disseram com muito mais propriedade.

Há também estudos que apontam que a presença de um dependente químico causa grandes impactos negativos na vida de seus familiares. Pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Política Pública Sobre Álcool e Outras Drogas (2013) revelou que as experiências cotidianas vividas pela família com parente usuário de drogas são devastadoras nos aspectos físico, financeiro, de relações interpessoais e sociais. O impacto também se dá na perspectiva subjetiva, causando sentimentos negativos como tensão, estresse, preocupação, estigma, raiva e culpa. No levantamento realizado, constatou-se também que os problemas diretamente relacionados à dependência química incluem “violência doméstica, abuso infantil, roubo de bens familiares, condução de veículos em estado de embriaguez e ausências prolongadas” (INPAD, 2013, p. 2). Esse estudo é interessante por dois aspectos. Por um lado, ele fornece mais um argumento racional pela possibilidade da proibição. Por outro, ele coloca em cheque o próprio argumento liberal de que as condutas relativas ao consumo de entorpecentes são condutas que devem ser concebidas apenas pelo prisma do direito à autolesão. O estudo comprova que os danos decorrentes da conduta também alcançam as pessoas que de qualquer forma convivem com o dependente químico, infirmo a premissa de que não há danos a terceiros por considerar. A proibição, portanto, também pode ser justificada pela proteção à integridade dos laços familiares.

Finalmente, o Brasil, por outra decisão política, assumiu o compromisso de prestar serviços gratuitos de saúde para toda a população. Essa gratuidade, obviamente, não significa que os recursos utilizados na atenção à saúde brotem ao acaso na natureza, mas que o custeio é feito através das receitas pagas pela comunidade através de tributos. Ora, se a comunidade assumiu o ônus de custear serviços de saúde para os enfermos, ela também pode se reservar o direito de proibir algumas condutas que aumentem esses custos. Se há evidências científicas de que um determinado tipo de conduta gera diversos problemas de saúde, a comunidade pode proibi-la, pois os recursos disponíveis são finitos e a utilização para o tratamento de dependentes desvia quantias que poderiam ser utilizadas na atenção a outros problemas. Não parece razoável a posição do indivíduo que alega ter o direito à autolesão e, simultaneamente, o direito ao custeio integral dos tratamentos aos danos causados por sua conduta autolesiva. O direito

individual à autodeterminação também deve se fazer acompanhar do dever de não socializar as consequências dos próprios atos.

O discurso que defende a inconstitucionalidade do tipo penal incide em algumas contradições que nem sempre são percebidas por seus interlocutores. Vejamos algumas.

Os verdadeiros defensores do liberalismo clássico deveriam estar dispostos a defender a liberação da utilização de quaisquer entorpecentes, mesmo as drogas pesadas e os remédios de uso controlado. A rigor, eles deveriam defender o direito de se dirigir a qualquer farmácia e adquirir antidepressivos sem prescrição médica. Contudo, não é o que se observa na prática. As pessoas, em geral, se limitam a criticar o paternalismo apenas em relação às chamadas drogas leves e não percebem a contradição lógica em seu pensamento crítico. Elas combatem o paternalismo apenas pela metade, admitindo a restrição à liberdade em situações mais danosas. Elas aceitam, portanto, que o direito pode ser utilizado para impedir a autolesão, embora defendam o direito de se autolesar levemente. Preferem ignorar, entretanto, que mesmo o consumo de drogas leves pode gerar danos graves à saúde e servir como porta de entrada para o consumo de entorpecentes mais potentes e perigosos.

O liberal clássico também deveria lutar contra outras parcelas da legislação penal, defendendo a ampla aceitação do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude das condutas. Afinal, se o indivíduo é livre para se autolesar, também deve ser livre para autorizar que outros o lesionem. Os liberais deveriam sustentar, por exemplo, a licitude das condutas relativas à eutanásia e à redução à condição análoga de escravo, sempre que a suposta vítima, desde que no íntegro exercício de suas faculdades mentais, anuisse consciente e integralmente com todos os pormenores dessas condutas. Não é demais recordar que o que justifica desprezar o consentimento do ofendido, nesses casos, é nosso conjunto de valores morais compartilhados analisados criticamente. Essas são situações legítimas de paternalismo.

Há também argumentos de política penitenciária para a invalidação da proibição. Diz-se que a população carcerária brasileira é enorme e formada basicamente por pequenos traficantes de baixa periculosidade. Por esse motivo, há de se revogar o crime. Não entendemos como as duas afirmações podem estar implicadas. Eventual revogação do porte para o uso não equivale à autorização para a traficância. Os traficantes, a menos que a tráfico também seja autorizado, continuarão a ser traficantes. Apenas autorizar o consumo pessoal não equivale a regulamentar por completo o comércio dessas substâncias nem garante a inclusão social desses detentos. Aliás, eventual decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de invalidar o crime, longe de diminuir o tráfico de drogas, irá aumentar a prática do delito. A descriminalização implicará o aumento do mercado consumidor das substâncias, fomentando o tráfico e incluindo mais pessoas nesse ciclo carcerário. Ela também dificultará a atividade da polícia judiciária, porquanto os traficantes passarão a trazer consigo quantidades menores na esperança de, se surpreendidos, serem confundidos com usuários. A falta de regulamentação, ademais, irá gerar sérios problemas de segurança pública, pois aumentará a capacidade do crime organizado de corromper agentes públicos e enfraquecer a presença do Estado na sociedade.

Recorde-se novamente que não afirmamos que o porte de quaisquer entorpecentes para uso próprio é uma conduta que deva necessariamente ser proibida. Não. O argumento que defendemos é o de que a decisão de proibir esse tipo de conduta é de natureza política e deve ser feita na esfera do Poder Legislativo. Não há violação à Constituição Federal por reconhecer, pois, a partir de princípios de filosofia política, a proibição baseada na moralidade convencional possui amparo na moralidade crítica. Trata-se de situação de paternalismo devidamente justificável através de outros princípios jurídicos igualmente relevantes, notadamente a defesa da saúde e da família. É recomendável, aliás, que eventual alteração na legislação seja feita na esfera do Congresso Nacional, pois o fim da proibição deve se fazer acompanhar de uma regulamentação que discipline os pormenores do setor, evitando o efeito contrário do aumento

do tráfico de drogas e da população carcerária. Há de se legislar, inclusive, sobre a tributação desse novo mercado e criar mecanismos para fazer frente aos custos que eventual liberação irá gerar para o Sistema Único de Saúde. Obviamente, nenhuma autorização para o consumo de drogas, quer judicial, quer legislativa, será capaz de incluir os pequenos traficantes no mercado de trabalho. Não se faz política de inclusão social através da regulamentação do consumo de substâncias entorpecentes. Os traficantes irão provavelmente buscar outra atividade marginal para sobreviver.

#### 4 CONCLUSÃO

Neste trabalho buscamos responder a seguinte questão: a proibição do porte de entorpecentes para uso próprio representa uma limitação indevida à liberdade de autodeterminação individual? Localizamos no debate inglês sobre a proibição da manutenção de relações sexuais entre homossexuais as premissas de filosofia política necessárias para a correta adequação do tema. Com base nos ensinamentos de H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, reconhecemos a possibilidade de a sociedade, em situações devidamente justificáveis pelo prisma da moral crítica, proibir condutas incapazes de gerar danos a terceiros. Embora majoritariamente os tipos penais possam ser de alguma forma justificados por princípios do liberalismo clássico, o direito penal convive, como exemplificamos, com proibições decorrentes da violação a valores morais compartilhados pelo grupo. Distinguir as proibições justificáveis das injustificáveis é algo que se faz a partir do exercício da moral crítica, através da apresentação de argumentos racionalmente defensáveis para a proibição. No caso do porte de entorpecentes, localizamos nos argumentos de proteção à saúde (individual e pública) e à família as justificativas para a proibição. Assim, considerando que o ato de proibir uma determinada conduta é um ato político, o foro adequado para a revisão da proibição é o Poder Legislativo, não havendo qualquer inconstitucionalidade por reconhecer. Como consignamos ao longo do texto, o princípio da dignidade da pessoa humana não é a positivação constitucional da obra liberal de John Stuart Mill.

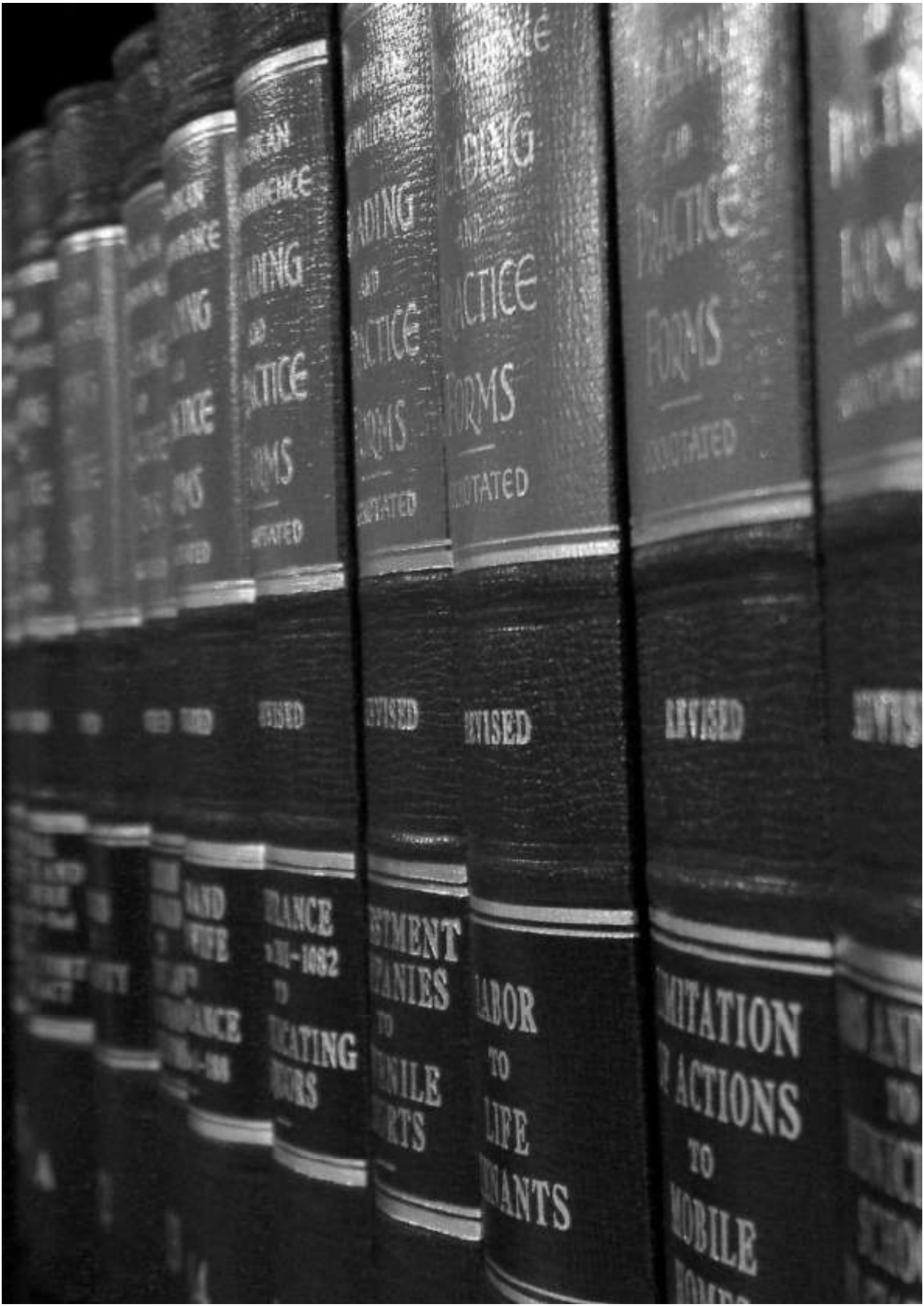
#### REFERÊNCIAS

- DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford: Oxford University Press, 1968.
- DWORKIN, Ronald. Lord Devlin and the enforcement of morals. *The Yale Law Journal*, v. 75, 1966, p. 986-1005.
- HART, Herbert L. A. *Law, liberty and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1968.
- HART, Herbert L. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- INPAD. *Levantamento Nacional de Famílias dos Dependentes Químicos*. São Paulo: INPAD, 2013. Disponível em: <http://inpad.org.br/wp-content/uploads/2013/11/PressFamilia.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.
- KYMLICKA, Will. *Contemporary political philosophy: an introduction*. 2. ed. in Oxford: Oxford University Press, 2002.
- MACCORMICK, Neil. H.L.A. Hart. Stanford: Stanford University Press, 1981.
- MILL, John Stuart. *On liberty*. Dordrecht: Springer, 1966.

**Artigo submetido em: 18-06-2018**

**Artigo aceito em: 31-07-2020**





AMERICAN  
PRACTICE  
FORMS  
ASSOCIATED

AMERICAN  
PRACTICE  
FORMS  
ASSOCIATED

AMERICAN  
PRACTICE  
FORMS  
ASSOCIATED

AMERICAN  
PRACTICE  
FORMS  
ASSOCIATED

REVISED

REVISED

REVISED

REVISED

REVISED

REVISED

INSURANCE  
TO LIFE  
INSURANTS

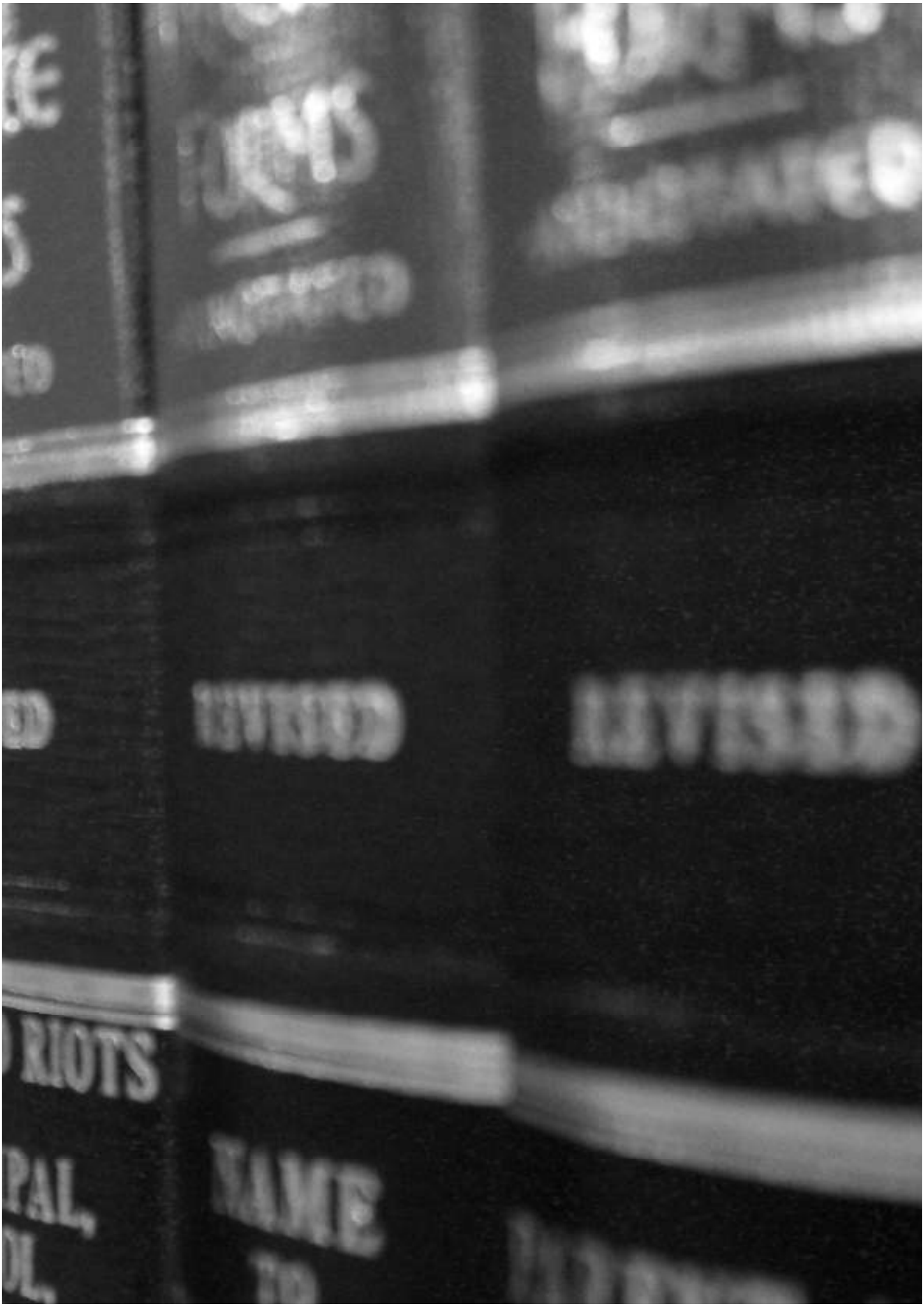
INSURANCE  
TO LIFE  
INSURANTS

INSURANCE  
TO LIFE  
INSURANTS

INSURANCE  
TO LIFE  
INSURANTS

INSURANCE  
TO LIFE  
INSURANTS

INSURANCE  
TO LIFE  
INSURANTS



RIOTS

REVISED

REVISED

RIOTS

PAL,

DL,

NAME

TO

---

# **LA MEDIACIÓN POLICIAL Y SU REPERCUSIÓN JURÍDICO-PENAL: PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS**

## **POLITICAL MEDIATION AND ITS LEGAL-PENAL IMPACT: PERSPECTIVES AND CHALLENGES**

## **A MEDIAÇÃO POLICIAL E SUA REPERCUSSÃO JURÍDICO-PENAL: PERSPECTIVAS E DESAFIOS**

**Lourdes Miguel Sáez<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Profesora de la Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila. E-mail: [lourdes.miguel@ucavila.es](mailto:lourdes.miguel@ucavila.es).

## RESUMEN

La actuación policial, aunque constituye uno de los contextos más difíciles para la mediación, se presenta como herramienta novedosa e irrenunciable para contribuir a la seguridad pública y a la seguridad jurídica. En este trabajo se determina cuál es el marco legal básico que orienta las funciones policiales y las reglas para diferenciar los conflictos de carácter público y privado y a su vez, determinar si son susceptibles de mediación. Se pretende, por tanto, presentar un modelo policial que se encuentre en consonancia con los cambios y problemas sociales, que promueva una respuesta activa ante la mediación en lo que a la justicia restaurativa se refiere así como origine los cambios necesarios en la propia organización policial.

Palabras clave: Mediación policial, mediación penal, justicia restaurativa, víctima, prevención

## ABSTRACT

Police action, although one of the most difficult contexts for mediation, is presented as an innovative and indispensable tool to contribute to public safety and legal security. This paper determines the basic legal framework that guides police functions and rules to differentiate conflicts of public and private nature and, in turn, to determine whether they are susceptible to mediation. It is therefore intended to present a police model that is in line with social changes and problems, which promotes an active response to mediation in terms of restorative justice and brings about the necessary changes in the police organization itself.

Keywords: Police mediation, criminal mediation, restorative justice, victim, prevention

## RESUMO

A atuação policial, ainda que constitua um dos contextos mais difíceis para a mediação, se apresenta como ferramenta nova e irrenunciável para contribuir com a segurança pública e a segurança jurídica. Neste trabalho se determina qual o marco legal básico que orienta as funções policiais e as regras para diferenciar os conflitos de caráter público e privado, para, por sua vez, determinar se são suscetíveis de mediação. Pretende-se, portanto, apresentar um modelo policial que se encontre em consonância com as mudanças e problemas sociais, que promova uma resposta ativa antes da mediação, no que diz respeito à justiça restaurativa, assim como origine as mudanças necessárias na própria organização policial.

Palavras-Chave: Mediação policial, Mediação Penal, Justiça Restaurativa, Vítima, Prevenção.

## SUMARIO

1. Introducción 2. Regulación de la Justicia restaurativa en España. 3. Actuación de la Policía en el marco del Estatuto de la Víctima. 4. La Justicia restaurativa por parte de la Policía en el Derecho Comparado. 5. Conclusiones. Referencias.

### 1 INTRODUCCIÓN

Casi todos los sistemas jurídico-penales permiten que la intervención del Estado quede limitada por la voluntad de la víctima de un delito cuando, a través de la mediación penal, se le permite entrar en un proceso de diálogo (RÍOS MARTÍN, 2016, p. 106) y también de comunicación confidencial con el infractor, de modo que puedan resolver el conflicto que ha derivado del delito. Esto conlleva que el daño pueda repararse así como asumir las consecuencias que fueron provocadas, favoreciendo que la persona imputada pueda tomar conciencia de la responsabilidad que deriva de su actuación y dando lugar a que la víctima pueda llegar a ser escuchada y resarcida.

La Justicia restaurativa, en la que se inserta la mediación penal, conlleva una innovadora forma de responder tanto a la criminalidad como a los conflictos y se puede presentar de formas muy diversas (TAMARIT SUMALLA, 2013). Se trata de una respuesta colectiva de reparación de los daños causados por medio de la adopción de soluciones alternativas a la praxis jurídica tradicional.

El daño que un delito perpetrado ocasiona a la víctima no termina una vez cometido éste, sino que muchas veces, en la llamada victimización secundaria, la víctima ve incrementarse el daño debido a la angustia, el miedo o la depresión cuando debe enfrentarse a una serie de diligencias para identificar al presunto autor, el sometimiento a exámenes y reconocimientos médicos o la publicación de algunos datos o hechos originando un sentimiento de impotencia y una sensación de desamparo que hay que evitar por todo los medios. En ocasiones, la propia lentitud del proceso penal hace que la víctima sienta que la atención se va disipando además de sufrir la incertidumbre sobre el resultado del proceso. Igualmente, pueden surgir en ella presiones internas o externas y estados de conmoción que le lleve a sentirse intimidada o con miedo a represalias. Conviene, por tanto, que en la fase de instrucción, en la de enjuiciamiento o en la de ejecución, siempre se le procure una asistencia individualizada, atenta, protectora y defensora de sus derechos.

Cabe señalar que, el acusado, con su actitud y la reparación íntegra del daño, está dando un paso hacia su rehabilitación social, ya que asume el daño causado y se esfuerza en reinsertarse, reconoce la norma violada con su conducta anterior y restablece la paz social mediante la satisfacción de la indemnización por los efectos sustraídos y daños causados. Ambas partes, por tanto, aceptan tal reparación, que se hará efectiva mediante la entrega de la cantidad consignada, dándose por satisfechos.

### 2 REGULACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ESPAÑA

A nivel europeo, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), en relación al Estatuto de la Víctima en el Proceso penal, recogía lo siguiente: *“Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación”* (arts. 10 y 17). Posteriormente, con la Directiva del Consejo de Europa 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, se complementaron los principios recogidos en la Decisión Marco para fortalecer una serie de garantías para las víctimas de los delitos, entre ellos, que reciban una información completa por parte de la Autoridad competente, así como la protección y el apoyo que les corresponda para intervenir en los procesos penales.

Fue el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, el que desarrolló algunas de las previsiones de la Directiva Europea para concretar la protección por parte de los poderes públicos de aquellos derechos

que las víctimas tienen reconocidos.

Ya en la Ley 4/2015, de 27 de abril, las Oficinas de asistencia se presentan como una unidad especializada y un servicio público cuya finalidad es prestar asistencia y/o atención coordinada para dar respuesta a las víctimas de delitos en los ámbitos jurídico, psicológico, y social, así como promover las medidas de Justicia restaurativa que sean pertinentes. Estas Oficinas, además, tienen asignadas funciones específicas en materia de Justicia restaurativa, debiendo informar a la víctima de las medidas que existen al respecto (dentro de los casos en que sea legalmente posible), proponer al órgano judicial que se aplique la mediación penal si se considera que es positivo para la víctima y también realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial.

Así pues, con el Estatuto se ofrece a las víctimas una protección que concreta y regula sus derechos desde el momento del inicio, cuando se encuentra en las dependencias policiales, hasta que la pena se ejecuta. Por tanto, se reconocen una serie de derechos que asisten a la víctima, como el derecho a entender y a ser escuchada y entendida, a disponer de información al momento de interponer la denuncia y posteriormente continuar siendo informada sobre su causa, además de proveerla del acceso a los servicios disponibles de apoyo a las víctimas.

Según el art. 15 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, el fin primordial es que la víctima obtenga una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito: a) que el infractor reconozca los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; b) la víctima preste su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) el infractor haya prestado su consentimiento; d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

A continuación, presentaremos el posible encaje de las labores de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el engranaje de la mediación, analizando su cometido actual y el potencial que tendrían como colaboradores activos en la Justicia restaurativa.

### **3 Actuación de la Policía en el marco del Estatuto de la Víctima**

Cuando el Real Decreto 1109/2015 se refiere a autoridades y funcionarios que entren en contacto con las víctimas y cumplan con el derecho que tienen de recibir información por parte de éstos, qué duda cabe que el listado de posibles intervinientes lo encabezan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por eso, es también a la Policía, en fase inicial de investigaciones, a quien corresponde realizar la evaluación de las necesidades de la víctima (cf. art. 9). Igualmente, el art. 30 de este RD, establece que serán las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado así como las Policías autonómicas las que determinen las necesidades de protección y la identificación de las víctimas vulnerables. Los propios agentes van a informar a la víctima de la posibilidad que tiene de acudir a la Oficina de Asistencia y sólo si consta el consentimiento previo e informado de la misma, podrán remitir a la Oficina de Asistencia a las Víctimas lo que hubiera recabado sobre el caso. Así pues, que la intervención de la Oficina de Asistencia a las Víctimas dependa del consentimiento de la víctima (es un derecho, no una imposición) hace pensar que cuando esta se oponga, solo contará con la atención prestada en fase inicial proveniente de la evaluación policial.

Generalmente, el primer contacto que tiene la víctima es con la Policía y por eso se requiere una sensibilización extrema de estos funcionarios que intervienen de manera particular en la persecución del delito, permitiendo que el espacio donde se recibe a la víctima y donde se deban desarrollar las diligencias resulte en todo momento acogedor, agradable, digno, seguro,

respetuoso, protector y reparador, de modo que se sienta atendida en todos los órdenes. Esto significa que, sin que se desatiendan los derechos de los investigados o acusados y sin restarles el amparo jurídico legítimo que la ley les reconoce, se debe intentar concentrar todos los esfuerzos en la víctima, para buscar que su participación en el proceso sea más activa, preservando en todo momento su integridad psíquica y emocional, máxime cuando nos encontramos ante menores o personas con la capacidad disminuida.

En el art. 5 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en el elenco de todo lo que se encuadra bajo el derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes, se encuentran bien definidos los servicios de justicia restaurativa disponibles cuando sea legalmente posible además de otros recursos, medidas y ayudas puestos al servicio de las víctimas. Esta justicia restaurativa se presenta como un modelo que despliega su actuación previamente al castigo, y a pesar de que la imposición de una pena tiene una finalidad reparadora también en el proceso penal, es necesario encontrar alternativas que puedan convertir el Derecho Penal en un Derecho con un planteamiento variado de respuestas sin que, por este enfoque, su capacidad coercitiva, pública y apremiante quede deslucida.

La mediación, propiciada en el marco del Estatuto de la Víctima, necesita ser potenciada así como conocida, impulsada y respaldada por las Instituciones y todos los operadores jurídicos que entran en contacto con la víctima. Y las posibilidades que entraña la mediación comportan un derecho para la víctima que también hay que ofrecerle, pues con ello, en muchas ocasiones, se logrará reducir el impacto negativo derivado de las consecuencias del delito. En ningún caso, puede considerarse, como efecto de la mediación, que los Tribunales o el Ministerio Fiscal vayan a beneficiar o a ofrecer ciertas ventajas al encausado por haber consentido a someterse a un procedimiento de mediación.

Debemos reparar en que los derechos que enuncia el Estatuto de la Víctima quedan recogidos en grupos que no terminan de precisar a quién corresponde la competencia y efectividad de su amparo, debiendo atender al objeto del derecho en sí y por tanto, dilucidar quién es el funcionario o la autoridad que debe garantizar esos derechos así como el momento procesal en el que serían realmente efectivos. No obstante, reiteramos que dado el contenido de los derechos y la oportunidad de su expresión y manifestación en un espacio temporal concreto, la competencia para informar de los derechos, ya sean los básicos, los de participación en el proceso penal o los de protección de las víctimas, corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en esa primera toma de contacto. De hecho, en algún precepto encontramos una referencia expresa a la actuación policial y en otros, pese a su ausencia, lo que podría entenderse subsumido bajo la denominación de “Funcionarios y Autoridades”.

Cuando se establece que en el primer contacto, la Policía ha de facilitar la asistencia y apoyo necesarios, incluye la derivación a las Oficinas de asistencia a la víctima si ésta lo solicita y también atendiendo a la gravedad del delito y los daños producidos. Pero si no se materializa, entendemos que esta es una oportunidad ideal para que la policía pueda cooperar en labores de mediación, aunque sea en fase preliminar dado el carácter inmediato de su intervención.

Cuando la víctima se encuentra en sede policial, al agente no le puede pasar desapercibido que junto con el delito cometido que debe investigar, se encuentra la ofensa, mayor o menor, que ha recibido la víctima. Y según el perfil y personalidad de la misma, su actitud y la expresión de sus sentimientos puede ser más o menos moderados. La respuesta que reciba y el *feedback* es fundamental para marcar el camino a seguir en las posteriores actuaciones, porque comienza una trayectoria de resolución del conflicto a nivel jurídico, social y a nivel personal, debiendo tratar a su vez las implicaciones que ello tendrá en el futuro.

El agente policial, por tanto, no puede convertirse únicamente en mero receptor de información que reproduzca en un atestado, sino que su propia actitud debe contribuir, por un lado, a paliar los efectos del delito en la víctima y calmar sus sentimientos de miedo, dolor,

de sentirse agraviada y propiciar la superación del delito, y por otro lado, que también pueda resultar positivo para quien causó ese daño, pues se le puede hacer consciente de sus hechos y despertar en él ese estado de responsabilidad por lo ocurrido. Es una forma de preparar el terreno y, siempre que se perciba que hay posibilidades, de no crear una barrera infranqueable entre el infractor y la víctima para no sumar un enquistamiento mayor del problema. Esto evitará, a su vez, que se consolide en la víctima la situación traumática. Por eso, la finalidad es doble: por un lado, restaurar la paz social y por otro, prevenir, en el futuro, la comisión de un nuevo delito bajo la figura de la reincidencia.

La actuación policial no responde únicamente a unos preceptos normativos de carácter represor y coactivo, sino que deben intentar propiciar la visión del Derecho Penal como un fenómeno, en sí, pacificador y reparador. De igual manera, la Justicia restaurativa rompe con los esquemas del sistema penal tradicional, donde prima la imposición de una consecuencia jurídica ante un hecho delictivo, cuando lo que se pretende es promover la aceptación y voluntariedad para la reparación del daño. Esto no comporta que la Justicia restaurativa se coloque al margen del Derecho Penal, sino que esta Justicia reparadora se enmarca perfectamente en el Derecho Penal a efectos de poder identificar ante qué tipo de delito nos encontramos, quiénes han sido sus autores y quiénes sus víctimas. De hecho, cuando se habla de que la Justicia reparadora no es incompatible con esos derechos y garantías procesales que propugna el ordenamiento procesal penal, precisamente nos referimos a que queda perfectamente delimitado el campo de ambos instrumentos pero situándose los dos bajo la cobertura de una única pretensión: reparar el daño causado.

La policía, en definitiva, es la que tiene el control inmediato sobre el sujeto infractor y sobre la víctima. Ambos confluyen en sede policial, cada uno desde su propia afectación pero los dos han compartido un escenario común.

Apelando a lo que la directiva 2012/29/UE indica sobre la Justicia restaurativa, encontramos en su artículo 12 que se ordena la adopción de medidas por parte de los Estados miembros para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. A su vez, indica que estas medidas han de garantizar que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios seguros y competentes. Nada obsta para pensar que parte de ese trabajo pueda ser asumido por la Policía hasta donde su actuación no colisione con los deberes inherentes a su profesión, tendentes a garantizar el orden y la seguridad pública auxiliando y colaborando de manera estrecha con el Poder Judicial para conseguir que las leyes se apliquen.

En contra de que la policía asuma labores de mediación se encuentra el pensamiento de que iría en contra de la naturaleza de sus funciones o, dicho de otro modo, supondría no enfrentar la violencia de una manera seria, pareciendo que su implicación resta valor a las tareas de desaprobación, disuasión y condena. También, se cree que el ámbito de aplicación de la mediación en una sociedad que resulta un tanto compleja, fragmentada, individualista no tiene sentido, y por tanto, no merece la pena instar al esfuerzo de procurar la reconciliación, la restitución y una compensación no sólo material, sino también moral.

Pero creemos que bien podrían crearse unidades de Mediación en el propio entorno policial, de manera que para el ciudadano sería bueno ver al agente en su papel de garante de la justicia y a su vez, promotor de la satisfacción y reparación de los aspectos dañados de las víctimas. A veces, resulta difícil para las víctimas conocer rostros nuevos de instituciones diferentes para reproducir su historia una y otra vez.

La policía, precisamente, es quien puede buscar la confrontación de las partes en un clima aceptable y de seguridad (máxime cuando se trata de una mediación directa, con una coincidencia física de las partes), velar porque el diálogo restablezca un justo equilibrio y se

evite que ambas partes queden estigmatizadas. Por eso, el uso de la mediación es necesario tanto para evitar acudir a un proceso penal (fase preprocesal) como cuando se origina en el seno de un procedimiento penal (intraprocesal). Se trata, en suma, de utilizar medios más humanos para combatir y reducir el índice de criminalidad y que las soluciones resulten más duraderas y permanentes.

Si atendemos al objeto de la mediación penal, la forma en que transcurre el abordaje del íter de los hechos, encontramos que hay un intercambio de emociones, de opiniones, de versiones y argumentos que diseñan un panorama diferente según lo que cada parte experimenta en relación a las circunstancias del hecho, se identifica el efecto causado, también el que sufre la víctima, dejando que sean ellas quien decidan de qué manera se puede reparar mejor el daño y que resulte satisfactorio para ambos: desde la postura del arrepentimiento, la disculpa, la comprensión del daño causado, la realización eficaz de los actos encaminados a reparar ese daño y por el lado de la víctima, la aceptación del perdón solicitado, la ausencia de interpretaciones sesgadas, la sensación de rapidez y la compensación sobre la base de la reparación civil y/o penal que corresponda.

El policía puede convertirse en mediador formal o informal. En el primero de los casos procede ante cuestiones y problemas públicos y/o privados, siendo el policía ese tercero neutral que actúa como facilitador del proceso de mediación, totalmente confidencial y voluntario, permitiendo que las partes se comuniquen entre sí y puedan expresar cuáles son sus expectativas, intereses y necesidades. En el caso de la mediación informal, se trata de aquella que surge espontáneamente como fruto del trabajo del agente, cuando se ponen en práctica técnicas o habilidades adquiridas para, a su vez, transmitirlo a las partes a través de un modelo constructivo que les haga tomar el control sobre sus propias vidas.

#### **4 LA JUSTICIA RESTAURATIVA POR PARTE DE LA POLICÍA EN EL DERECHO COMPARADO**

Para apoyar la idea de reivindicar un servicio de mediación propio de la Policía en aras a acometer prácticas de justicia restaurativa, haremos una breve alusión a la praxis seguida en otros países a través de un procedimiento formal y encabezado por profesionales especialistas preparados para este fin. Son varios los países que han ido promoviendo iniciativas legislativas a favor de regular modelos de justicia restaurativa derivando a mediación y en mucho de ellos, comenzando ya en la fase policial<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> A nivel europeo, destaca Noruega como el país donde la mediación penal está más desarrollada, seguido por Austria, Finlandia, Francia, Bélgica, Alemania y Reino Unido.

En el caso de Inglaterra (POLICE..., 2018), la policía puede aplicar una medida sancionadora a los autores confesos de crímenes de un potencial ofensivo menor y de otros delitos contra el patrimonio de menor entidad. Una vez se informa a la víctima del hecho cometido y quién es su autor, el policía pregunta al supuesto autor si asume la culpa y recibe una advertencia policial. Si no hay interés, el procedimiento se dirige al juez para su instrucción y enjuiciamiento. Pero si quiere solucionarlo, asumiendo la autoría, recibe una notificación con una multa. Se le califica como “infractor advertido” y queda registrado en una Base de Datos de la Policía del País por un periodo determinado, pudiendo ser facilitado su contacto a organizaciones que trabajen con ancianos, niños y otros colectivos vulnerables<sup>3</sup>. Otros proyectos realizados en ciudades diversas del Reino Unido también se encaminan hacia la comprensión por parte del infractor, del daño causa y de la necesidad de reparación –en ocasiones simbólica– con demostración de arrepentimiento, escucha activa con respuestas a las dudas de la víctima y petición de disculpas.

En Australia (MCCOLD, 1998) las prácticas restaurativas se centran fundamentalmente en los menores, actuando la policía con mucha discreción y sin etiquetarlos, en atención a la gravedad del delito, no por el peso sancionador contenido en la norma penal sino por las consecuencias gravosas en el supuesto concreto. Allí se utilizan programas con una finalidad claramente avergonzante, de manera que al delincuente se le define por una reacción social selectiva de personas y conductas, a quienes identifican de manera clara con esa denominación.

Por otro lado, en Nueva Zelanda (POLICE NATIONAL HEADQUARTERS, 2011) la policía también se centró con menores infractores y optó por dos modelos de procedimientos restaurativos: una advertencia informal y la charla del grupo familiar en la que el policía tiene participación activa pero quien facilita o media es un asistente social. Aquí no sólo prima la posición de la víctima sino también, posteriormente, el acompañamiento correccional de los infractores coordinado por una Institución.

En Canadá (CHATTERJEE; ELLIOT, 2003), la “Royal Canadian Mounted Police”, pionera en esta empresa, creó un modelo de charla familiar que se extendió por todo el país, utilizando policías en prácticas restaurativas comunitarias con la colaboración de otros departamentos policiales, asistentes sociales, miembros de los Consejo Escolares, voluntarios y profesores.

También, en Albania<sup>4</sup>, la derivación de los sujetos implicados al servicio de mediación puede partir tanto de la Policía judicial como de los Fiscales (estos últimos en cualquier fase del proceso). Los delitos a los que se circunscribe el ámbito de la mediación son los de lesión negligente, homicidio culposo, violación del domicilio, difamación, calumnia, injuria y otros delitos de acción penal privada. En estos casos, los fiscales están obligados a procurar el encuentro restaurativo de las partes en los casos previstos, que, de no conseguirse, continuará por la vía del proceso penal.

Ya en Europa, en Bélgica se potencia el procedimiento de mediación penal fundamentalmente con menores, realizado en sede policial en casos de delitos contra el patrimonio, con o sin violencia, aunque intervienen también, dirigiendo el procedimiento, funcionarios públicos de diversas organizaciones (AERTSEN, 2000).

En la República Checa (FELLEGI, 2004), la Policía identifica los casos y puede derivar al servicio de mediación penal llamado “Probation and Mediation Service” (PMS), una

---

<sup>3</sup> Sólo en el año 2013 se expidieron más de 230 mil advertencias policiales, evitando así el mismo número de procesos penales.

<sup>4</sup> Cf. Parlamento Albanés. Ley N° 10385 de mediación en la solución de controversias, de 24 de febrero de 2011 (por la que se deroga la Ley N° 9090, de 26 de junio de 2003).

agencia del gobierno dependiente del Ministerio de Justicia cuyo objetivo es involucrar a la ciudadanía para que participe a la hora de dar una respuesta adecuada a los delitos y promover así la confianza en el Sistema Penal y en el Estado de Derecho, fundamentalmente a base de políticas de prevención y de reducción del riesgo de reincidencia.

En España, nos consta que a nivel de Policía local se están desarrollando proyectos interesantes para promover la resolución de conflictos fundamentalmente en el ámbito privado. En el marco propiamente penal, consultados varios funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil que desempeñan su trabajo en la Oficina de Denuncias y Atención al Ciudadano (ODAC), actualmente no hay ninguna vinculación salvo la que, aprovechando las funciones de los delegados de Participación Ciudadana (en el caso de la Policía Nacional), promueven la implicación y corresponsabilidad de los ciudadanos en la búsqueda de alternativas tendentes a conseguir la solución de los problemas planteados, actuando como mediadores sociales en la resolución de conflictos. Concretamente, es en los Colegios donde se demanda muchas veces la presencia policial por parte de la Dirección o a instancia de algún profesor ante los casos de bullying. De hecho, en algunas poblaciones del Sur de España (BECERRIL RUIZ; RECHE PUERTAS, 2016, p. 108), las Comisaría han distribuido folletos informativos donde identifican los casos en los que procede: faltas penales leves (insultos, coacciones, amenazas, lesiones), accidentes de tráfico, conflictos familiares, de pareja, padres e hijos, problemas vecinales, deudas dinerarias, etc. anunciando que si no se consigue un acuerdo satisfactorio, se puede presentar la denuncia correspondiente.

### 5 CONCLUSIONES

- La mediación policial constituye una realidad actualmente desconocida e inexistente en nuestro país, que cuenta tan sólo con algunos proyectos pioneros que encabezan un planteamiento novedoso y útil, abogando por el crecimiento de las atribuciones policiales de pacificación social de una manera más amplia y eficiente.
- Se constata la mayor accesibilidad a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por parte de los ciudadanos y con un menor formalismo que otros funcionarios procedentes de otras Instituciones Públicas. Por esta razón, no sólo a nivel informativo sino también operativo, la Policía goza de mayor autoridad y credibilidad para promover una campaña de sensibilización entre la ciudadanía, en torno a la importancia de colaborar de manera activa para preservar la seguridad de nuestro entorno social a través de la mejora de las relaciones interpersonales.
- Pese a las reservas existentes en torno a la participación policial en programas de mediación y actuaciones en materia de justicia restaurativa, creyendo que se trata de una tarea compleja y de difícil ejecución, destacan las numerosas ventajas que confirman la utilidad que tendría el proceso de mediación implantado en el ámbito policial, no sólo por el ahorro de costes y recursos que supone a la Administración de Justicia, sino también por las condiciones favorables y propicias que se dan en torno a la mediación en esta fase inicial y que convierten al Policía en un interlocutor válido ante las partes.
- Uno de los principales retos a los que se enfrenta esta concepción de mediación policial conlleva la ruptura con los esquemas tradicionales de la propia organización policial así como trascender el desconocimiento corporativo con propuestas convincentes y de futuro, con una formación específica en habilidades mediadoras. Por eso, su implementación pasa por creer que no es una organización determinada la que garantiza el éxito de la mediación, sino el respeto a una filosofía restaurativa con un acompañamiento singular. De la praxis seguida en otros países se infiere que se podría articular también en España para aquellos supuestos que justifiquen la mediación y para los que la misma sea aplicable.

## REFERENCIAS

AERTSEN, Ivo. Victim-offender mediation in Belgium. In: EUROPEAN FORUM FOR VICTIM-OFFENDER MEDIATION AND RESTORATIVE JUSTICE (ed.). *Victim-offender mediation in Europe: Making restorative justice work*. Leuven: Leuven University Press, 2000, p. 153-192.

BECERRIL RUIZ, Diego; RECHE PUERTAS, Ana, La mediación policial en conflictos familiares y de pareja: Análisis de acuerdos. In: *Revista de Paz y Conflictos*, v. 9, n. 2, 2016, p. 103-123.

CHATTERJEE, Jharna; ELLIOT, Liz. Restorative policing in Canada: the royal Canadian mounted police, community justice forums, and the youth criminal justice act. *An International Journal*, p. 347-359, 2003.

FELLEGI, Borbala. Meeting the Challenges of Introducing Victim-Offender Mediation in Central and Eastern Europe, In: EUROPEAN FORUM FOR VICTIM-OFFENDER MEDIATION AND RESTORATIVE JUSTICE (ed.). *Meeting the Challenges of introducing victim-offender mediation in Central and Eastern Europe*. Final Report JAI/2003/AGIS/088. Leuven: Secretariat of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice, 2004. Disponible en: <https://www.euforumrj.org/sites/default/files/2019-11/finalagis2publication.pdf>. Consultado el: 2 de Mayo de 2018.

MCCOLD, Paul. *Police-Facilitated Restorative Conferencing*. What the data show. Paper presented to the Second Annual International Conference on Restorative Justice for Juveniles, Florida Atlantic University, Florida and International Network for Research on Restorative Justice for Juveniles, Fort Lauderdale, November 7-9, 1998. Disponible en: <https://www.iirp.edu/pdf/policeconferencing.pdf>. Consultado el: 2 de Mayo de 2018.

POLICE NATIONAL HEADQUARTERS. *Alternative Actions that Work*. A review of the research on Police Warnings and Alternative Actions with children and young people. Wellington, 2011. Disponible en: <https://www.police.govt.nz/sites/default/files/publications/alternative-actions-that-work.pdf>. Consultado el: 5 mayo 2018.

POLICE cautions 'to be scrapped' in England and Wales. *BBC UK*, 1 nov. 2014. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/uk-29859758>. Consultado el: 10 mayo 2018.

RÍOS MARTÍN, Julián Carlos. Justicia restaurativa y mediación penal. *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 98, p. 103-126, 2016.

TAMARIT SUMALLA, Josep (coord.). *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada: Comares, 2013.

**Artigo submetido em: 24-01-2019**

**Artigo aceito em: 31-07-2020**

# **OMISSÃO IMPRÓPRIA COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO COMPLIANCE OFFICER PELO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS**

# **IMPROPER OMISSION AS A FOUNDATION OF COMPLIANCE OFFICER'S CRIMINAL LIABILITY FOR THE CRIME OF MONEY LAUNDERING**

**Zacarias Alves de Araújo Neto<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela UNIFAP. Professor de Direito Processual Civil e Direito do Consumidor do Curso de Direito da UNIFAP.

**Débora Passos da Costa<sup>2</sup>**

<sup>2</sup> Bacharela pela Universidade Federal do Amapá.

## RESUMO

Este artigo se propõe a analisar a omissão imprópria como fundamento da responsabilização penal do compliance officer pelo crime de lavagem de capitais, em uma abordagem restrita às instituições financeiras, tendo em vista que este setor figura como um ambiente propício à prática do delito. Desta forma, diante da insuficiência das medidas tradicionais de combate à lavagem de capitais, é necessária a adoção de uma nova política antilavagem, denominada Criminal Compliance. O objetivo central deste artigo é analisar se a omissão imprópria é um fundamento idôneo para responsabilizar o compliance officer pelo crime de lavagem de capitais, colocando-o como garantidor da licitude na instituição. Este profissional possui deveres referentes à prevenção e comunicação de condutas criminosas. Todavia, não há, no direito brasileiro, uma definição sólida acerca da sua responsabilidade pela ocorrência da lavagem de capitais devido ao descumprimento dos deveres de compliance. O método adotado foi o bibliográfico, voltando-se à análise da prevenção da lavagem de capitais nas instituições financeiras, da atuação do compliance officer no setor bancário, dos pressupostos dos crimes omissivos impróprios e do dever de garantia, apresentando-se algumas soluções legislativas. A partir dos estudos realizados, foi possível constatar que a utilização indiscriminada da omissão imprópria como fundamento para a condenação destes profissionais pelo delito de lavagem implica excessos punitivos, o que corrobora a hipótese aventada nesta pesquisa.

**Palavras-chave:** Omissão Imprópria. Compliance Officer. Lavagem de Capitais. Responsabilidade Penal.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the improper omission as a foundation of compliance officer's criminal liability for the crime of money laundering, in an approach restricted to financial institutions, considering that this sector is an environment favorable to the practice of the crime. Therefore, in the face of the insufficiency of traditional anti-money laundering measures, it is necessary to adopt a new anti-laundering policy, called Criminal Compliance. The main objective of this article is to analyze if the improper omission is an adequate basis to blame the compliance officer for the crime of money laundering, placing him as a guarantor of the legality in the institution. This professional has duties related to the prevention and communication of criminal conducts, however there is no solid definition in Brazilian law of his responsibility for the occurrence of money laundering due to non-observance of the compliance duties. The method adopted was the bibliographic, focusing on the analysis of the prevention of money laundering in financial institutions, on the performance of the compliance officer in the banking sector, on the assumptions of omissive-improper crimes and the duty of guarantee, presenting some legislative solutions. From the studies, it was possible to verify that the indiscriminate use of the improper omission as a foundation for the condemnation of these professionals for the crime of money laundering implies punitive excesses, and this corroborates the hypothesis proposed in this research.

**Keywords:** Improper Omission. Compliance Officer. Money Laundering. Criminal Liability.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Criminal compliance e a prevenção da lavagem de capitais nas instituições financeiras. 2.1 Prevenção à lavagem de capitais no ordenamento jurídico brasileiro. 2.2. Fundamentos da técnica de ação compartilhada. 3. Compliance officer e seus deveres nas instituições financeiras. 3.1. Atuação do compliance officer. 3.2. Sanções administrativas aplicáveis diante do descumprimento dos deveres de compliance. 4. Uso da omissão imprópria na lavagem de capitais. 4.1. Pressupostos dos crimes omissivos impróprios. 4.2. Compliance officer e o dever de garantia. 5. Soluções legislativas. 5.1. Criação de um tipo penal específico. 5.2. Lavagem de capitais culposa. 5.3 Atenuante específica. 6. Considerações finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A incorporação de mecanismos tecnológicos às atividades desempenhadas pelas instituições financeiras é uma tendência crescente devido à necessidade de proporcionar aos clientes celeridade e confidencialidade na realização das transações bancárias. Entretanto, os avanços propiciados pela tecnologia têm favorecido a expansão da prática do delito de lavagem de capitais, e, por conseguinte, a obstrução da persecução penal.

Neste contexto, as instituições financeiras figuram como um ambiente propício ao cometimento do referido crime, caracterizado pela utilização de procedimentos dinâmicos e especializados, que exigem a adoção de paradigmas de proteção penal diversos dos que sempre foram adotados e que se revelaram ineficazes diante da nova conjuntura. É em meio a este cenário que o *Criminal Compliance* se apresenta como uma alternativa antilavagem de dinheiro, com enfoque na prevenção da responsabilização penal.

A etimologia do termo *compliance* auxilia na compreensão da sua finalidade, pois esta palavra provém do latim *complere*, cujo significado está atrelado à vontade de agir ou de manter uma postura que esteja em conformidade com as normas, regras e condições preestabelecidas. Destarte, o *Criminal Compliance* pode ser definido como um novo modelo regulatório pautado no dever de colaboração dos particulares com o Estado, visando à prevenção da prática de crimes no âmbito empresarial. Impende frisar que, neste Artigo, será conferido destaque ao emprego desta política nas instituições financeiras, optando-se pelo uso do vocábulo em inglês devido ao fato de este já estar consagrado no setor bancário.

Entretanto, para viabilizar a aplicação deste novo padrão de prevenção do crime de lavagem de capitais nas instituições financeiras, mostrou-se oportuna a designação de um profissional (ou de vários profissionais) que se responsabilizasse pela implantação e efetividade do sistema antilavagem. Este profissional é denominado *compliance officer* (oficial de cumprimento). É neste ponto em que se verifica a problemática desta pesquisa, pois há controvérsias quanto à possibilidade de ser imputado a este profissional o cometimento do delito de lavagem de capitais caso ele descumpra algum dos seus deveres referentes à prevenção, informação ou comunicação do crime.

Tal responsabilização estaria pautada – na visão dos que a defendem – na posição do *compliance officer* como garantidor da manutenção de comportamentos lícitos dentro da instituição financeira, sendo-lhe atribuída, portanto, a prática, por omissão imprópria, da lavagem de capitais.

Diante desse panorama, propõe-se a análise do seguinte problema: a omissão imprópria poderia ser considerada um fundamento para atribuição de responsabilidade criminal, por lavagem de capitais, ao *compliance officer* de uma instituição financeira?

A imputação de responsabilidade penal decorrente do mero descumprimento de deveres de *compliance* pode resultar em excessos punitivos. Neste sentido, aventa-se a seguinte hipótese para responder ao problema suscitado neste Artigo:

Revela-se inadequada a atribuição de responsabilidade criminal com fundamento tão somente na inobservância dos deveres impostos pela Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, de modo que, a depender das circunstâncias atinentes a cada caso, a responsabilização deve ser estritamente administrativa.

Destarte, considerando que hodiernamente tem sido outorgada maior relevância à prevenção e ao combate do delito de lavagem de capitais, a opção pela abordagem desta temática se justifica pela necessidade de fomentar os debates e estudos acerca da aplicação das políticas de *compliance* para estes fins, notadamente no que se refere aos limites e parâmetros para a responsabilização dos profissionais incumbidos de implementar esta prática, posto que sua posição ainda não está definitivamente circunscrita no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, o objetivo geral desta pesquisa consiste em analisar se a omissão imprópria é um fundamento idôneo para atribuição de responsabilidade criminal ao *compliance officer* no âmbito da Lei n.º 9.613, de 1998.

Para viabilizar a condução da referida análise, estabeleceram-se três objetivos específicos, quais sejam:

- a) Identificar a posição do *compliance officer* diante dos deveres impostos pela Lei 9.613, de 1998;
- b) Avaliar as especificidades das funções desempenhadas pelo *compliance officer* de uma instituição financeira;
- c) Apresentar propostas de soluções legislativas que possam viabilizar uma punição mais justa.

No que concerne à metodologia, esta pesquisa adotará a revisão bibliográfica, pois a natureza dos dados consultados derivará de artigos científicos, teses e dissertações acadêmicas, além de obras consideradas referência na exposição do tema. Nesta senda, para viabilizar a compreensão do estudo perpetrado por meio deste Artigo, procedeu-se à sua divisão em quatro partes.

A primeira visa contextualizar a aplicação do *Criminal Compliance* na prevenção da lavagem de capitais no âmbito das instituições financeiras, explicitando os fundamentos para sua utilização no Brasil. Foram utilizados, neste ponto, referenciais teóricos como Saavedra (2012), Moro (2010), Cardoso (2015), Blanco Cordero (1997), Silveira e Saad-Diniz (2015).

Na segunda parte foi dado enfoque ao *compliance officer*, às suas funções nas instituições financeiras e às sanções administrativas previstas na Lei 9.613, de 1998, para os casos em que houver descumprimento dos deveres impostos por este diploma legal.

A terceira parte tem por escopo apresentar a definição dos pressupostos para configuração dos crimes omissivos impróprios, bem como a análise da posição ocupada pelo *compliance officer* sob a ótica do Supremo Tribunal Federal e de autores como Bottini (2016), Costa e Araújo (2014) e Bacigalupo (2011).

Na quarta parte foram expostas algumas sugestões legislativas que objetivam o estabelecimento de uma punição mais justa diante do descumprimento dos deveres de *compliance*, apresentando-se os entendimentos de Barbosa (2010), Quintero (2011) e Munhoz Netto (1983).

Por fim, nas considerações finais, foram explicitadas as principais controvérsias sobre o tema, diante da indefinição acerca dos parâmetros para responsabilização penal do *compliance officer*, apresentando e fundamentando o posicionamento exposto a partir da realização desta pesquisa, inclusive no que concerne às soluções propostas.

## **2 CRIMINAL COMPLIANCE E A PREVENÇÃO DA LAVAGEM DE CAPITAIS NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

A aplicação das políticas de *Compliance* no Brasil foi iniciada nas instituições financeiras, tendo em vista que este setor possui relevância significativa para a consecução do crime de lavagem de capitais, figurando como um dos setores sensíveis ao delito. Neste contexto, convém analisar como foi efetivada a incorporação, no direito pátrio, dos preceitos voltados ao combate e, notadamente, à prevenção da lavagem perpetrada no âmbito das instituições financeiras.

### **2.1 PREVENÇÃO À LAVAGEM DE CAPITAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O *Criminal Compliance* é consubstanciado, sob o enfoque deste Artigo, pela obser-

vância às normas referentes à prevenção e ao combate do delito de lavagem de capitais, efetivada mediante a imposição de deveres a sujeitos determinados, que devem atuar no sentido de prevenir, investigar e informar às autoridades competentes acerca dos delitos praticados, sob pena de serem responsabilizados no âmbito administrativo e até mesmo no criminal.

Desta forma, é notório que uma das principais características do *Criminal Compliance* é a ênfase conferida às medidas preventivas, devendo-se ressaltar que

Diferentemente do Direito Penal tradicional que trabalha na análise ex post de crimes, ou seja, apenas na análise de condutas comissivas ou omissivas que já violaram, de forma direta ou indireta, algum bem jurídico digno de tutela penal, o Criminal Compliance trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise ex ante, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal [...] (SAAVEDRA, 2012, p. 23).

Essa peculiaridade também é destacada por Silveira e Saad-Diniz (2015), que emitem uma advertência no sentido de que o *Criminal Compliance* não é simplesmente um modismo, devendo ser entendido como uma nova realidade pertencente a um Direito Penal que também é novo.

No Brasil, o marco da corporificação deste instituto é a Resolução do Banco Central n.º 2.554, de 29 de setembro de 1998, na qual foram estabelecidos mecanismos de controle interno tendentes à fiscalização das atividades bancárias e à obediência das normas aplicáveis ao setor, com o escopo de prevenir e combater o crime de lavagem de capitais.

Entretanto, segundo Cardoso (2015), o texto original da Lei n.º 9.613, de 1998 (Lei de Lavagem de Capitais), que é anterior à edição da Resolução supramencionada, atribuía, mesmo que tacitamente, alguns deveres às instituições financeiras para que prevenissem e combatessem o mascaramento de capitais.

Apesar destas constatações, é inegável que o dever de *compliance* (obrigação de cumprir as normas preventivas e de combate ao delito de lavagem) foi incorporado expressamente ao direito pátrio a partir das alterações promovidas pela Lei n.º 12.683, de 9 de julho de 2012, que deu nova redação à Lei de Lavagem de Capitais, estabelecendo, no artigo 10, inciso III, o compromisso das instituições financeiras com a implantação de políticas, procedimentos e controles internos que sejam compatíveis com seu porte e volume de operações, possibilitando a efetivação dos deveres de notificação e de registro de informações.

Há, portanto, uma busca por novos mecanismos de prevenção e de repressão ao delito, nos quais, segundo análise realizada por Moro (2010, p.16), “o objetivo é isolar o produto do crime [...]. Na feliz expressão de Kai Ambos, o criminoso ‘deve, no verdadeiro sentido da palavra, permanecer sentado em seu capital sujo’. Acrescente-se: sentado até que o Poder Público venha retirar-lhe o assento.”

Ademais, definiu-se que as entidades deste setor devem atender às requisições apresentadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), na periodicidade, forma e condições por ele fixadas, sendo que o sigilo destas informações deve ser preservado. Significa dizer que é vedada a comunicação ao cliente sobre a existência da notificação ou sobre seu conteúdo, para que não haja prejuízo a eventuais investigações.

Nesse diapasão, nota-se que a alteração promovida na Lei de Lavagem de Capitais representou a conversão das políticas de *compliance* em obrigações legais expressas, o que torna irrefutável o dever de colaboração das pessoas físicas e jurídicas com as autoridades no que se refere aos procedimentos adotados para a detecção da ocorrência de lavagem de capitais e à instituição de sistemas antilavagem que previnam o cometimento deste delito (CARDOSO, 2015).

## 2.2 FUNDAMENTOS DA TÉCNICA DE AÇÃO COMPARTILHADA

Hodiernamente, delinea-se um contexto propício à expansão de uma criminalidade organizada, transnacional e liderada por poderosos, constituindo o que Silva Sánchez (2002, p. 80) denominou “criminalidade da globalização”.

As instituições financeiras são utilizadas, neste panorama, como instrumentos para a lavagem de capitais. Em razão da importância destas entidades para o êxito do referido delito, adota-se a técnica da ação compartilhada, em que figuram como atores o Estado e as instituições financeiras.

Ao analisar esta estratégia de colaboração na identificação da prática do mascaramento de capitais, parte-se do pressuposto de que:

É inevitável o trânsito dos recursos pelos setores regulares da atividade econômica para que possam ser usufruídos pelos criminosos, de forma que esses segmentos, pela proximidade que mantêm com os clientes, bem como pela capacitação específica necessária ao desempenho de seus negócios, dispõem de maiores condições para diferenciar as operações lícitas das operações ilícitas. A obrigatoriedade de tais setores participarem do combate à lavagem de dinheiro traz uma eficiência muito maior ao sistema (SAADI, 2012, p. 7-8).

Nesta senda, para ilustrar a utilização das instituições financeiras na consecução do delito de lavagem, deve-se destacar sua relevância na primeira fase do crime, qual seja, a de colocação (*placement*). Na referida etapa, comumente o agente se desfaz do dinheiro colocando-o em contas bancárias.

Logo, é imprescindível que as políticas de *Criminal Compliance* da instituição financeira sejam rigorosamente observadas, pois, de acordo com Cardoso (2015), os funcionários, corrompidos ou intimidados, cooperam com a prática do delito – esta colaboração ocorre, algumas vezes, por meio da omissão quanto a uma regra de *compliance*, permitindo, desta maneira, que o dinheiro (produto de um crime) seja introduzido no sistema financeiro. Estas circunstâncias caracterizam a intitulada “cumplicidade bancária” (BLANCO CORDERO, 1997, p. 74).

Nesse contexto, destaca-se o teor da Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613, de 1996 (EM 962/MJ), na qual são apresentadas algumas ideias que visam fundamentar a ação compartilhada entre as instituições privadas e o Estado.

83. O fundamento teórico para essa divisão de tarefas parte do princípio de que a responsabilidade pelo combate dos crimes de lavagem não deve ficar restrita tão-só aos órgãos do Estado, mas também deve envolver toda a sociedade, tendo em vista o potencial desestabilizador dos crimes que se utilizam com maior vigor dos processos de lavagem. Assim, como certos setores da economia são utilizados como via para a prática do crime de lavagem de dinheiro, o que acaba por contaminar as atividades lícitas desenvolvidas por esses setores, e, por conseguinte, afetando a credibilidade e a estabilidade desses setores, nada mais lógico do que fazer com que assumam ônus e responsabilidades no combate de uma atividade delituosa que os atinge diretamente. [...] 86. Ao lado disso, há razões de ordem prática que justificam esse compartilhamento, na medida em que esses setores, pela proximidade com os seus clientes, dispõem de maiores condições para diferenciar operações lícitas de operações ilícitas. (BRASIL, 1996).

Pode-se depreender, portanto, que, para o legislador, a responsabilidade deve ser compartilhada entre o Estado e as instituições bancárias devido a dois fatores, quais sejam: a) a utilização deste setor no processo de lavagem e b) como estão diretamente envolvidas com a prática do referido crime, essas entidades têm mais contato com quem o pratica, possuindo, assim, maiores possibilidades de reconhecer uma operação ilícita.

### 3 COMPLIANCE OFFICER E SEUS DEVERES NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Visando à concretização das políticas de compliance no âmbito das instituições financeiras, a Resolução do Banco Central n.º 2.554, de 1998, determinou que as entidades deste setor com atuação no Brasil devem possuir, em sua estrutura hierárquica, no mínimo, um *compliance officer* (oficial de cumprimento).

#### 3.1 ATUAÇÃO DO COMPLIANCE OFFICER

O profissional que exerce a função de *compliance officer* no setor bancário tem como dever precípua verificar se os mecanismos de controle interno estão em consonância com os parâmetros legais, com as normas internas da instituição e com as regras fixadas pelo Banco Central e por outros órgãos reguladores, a fim de perquirir e impedir a efetuação de transações financeiras que estejam atreladas à lavagem de capitais, à corrupção ou a outros delitos (CARDOSO, 2015).

Esta função será exercida por um cargo de direção, de modo que o oficial de cumprimento deve se reportar diretamente ao conselho de administração ou à presidência. Em alguns casos, dependendo do tamanho da instituição, o *compliance officer* pode ter outros funcionários sob sua hierarquia atuando no setor de *compliance* para assessorá-lo na realização de suas tarefas.

Outrossim, deve-se ressaltar que em alguns bancos as decisões deste profissional, por serem dotadas de complexidade, são submetidas à análise de um comitê de *compliance*, constituído por membros que atuem em outros departamentos. Independentemente do modelo utilizado, é mister que as pessoas que atuem nesta área sejam absolutamente independentes na tomada de decisões.

O *compliance officer* também é responsável pela criação de um sistema de informações voltado à descoberta e à investigação de eventuais crimes que tenham sido cometidos na empresa. Neste sentido, é conferido destaque às denominadas *hotlines*, utilizadas como instrumento para a obtenção de informações (anônimas ou não) que denunciem a ocorrência de situações suspeitas a serem elucidadas.

Além disso, de acordo com a Lei de Lavagem de Capitais, cabe ao *compliance officer* manter atualizados os registros referentes ao cadastro dos clientes (art. 10, inc. I), implantando, desta forma, a política do *know your client* (conheça seu cliente). Da mesma forma, este profissional também é responsável pela conservação dos registros de todas as transações financeiras pelo período mínimo de cinco anos, contados a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação (art. 10, inc. II e § 2º).

Deverá também manter seu cadastro atualizado nos órgãos fiscalizadores ou reguladores (art. 10, inc. IV), atendendo às requisições apresentadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), de acordo com a forma, com as condições e com a periodicidade por este determinada (art. 10, inc. V).

O artigo 11, por sua vez, institui o dever de comunicação, preceituando que o *compliance officer* tem a obrigação de informar às autoridades sobre todas as movimentações que transcendam aos limites estabelecidos pelo Banco Central (inc. I), assim como sobre as transa-

ções que despertem suspeitas quanto à prática de mascaramento de capitais, independentemente de seu valor (inc. II). Ademais, será feita a comunicação até mesmo sobre a inexistência de operações que sejam suspeitas (inc. III).

Convém destacar, ainda, outras funções desse profissional que são relevantes à política antilavagem, a partir de sistematização apresentada por Cardoso (2015):

- a) verificação dos riscos específicos e dos procedimentos a serem implantados;
- b) adoção de um sistema de informações (*hotlines* – que, conforme exposto alhures, funcionarão inclusive para o recebimento de denúncias anônimas), com o objetivo de descobrir e esclarecer crimes;
- c) desenvolvimento de relatórios e de alertas para riscos significativos;
- d) realização de contatos proativos com os órgãos reguladores;
- e) fixação de sanções internas a serem aplicadas caso haja abusos;
- f) acompanhamento dos riscos atrelados à política de compliance para detectar falhas e adotar medidas que possam mitigá-las.

### **3.2 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICÁVEIS DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE COMPLIANCE**

Caso haja omissão quanto ao dever de informar a realização de operações suspeitas, aplicam-se as sanções previstas no artigo 12 da Lei n.º 9.613, de 1998, quais sejam: advertência; multa pecuniária que não seja superior ao dobro do valor da operação, ou ao dobro do lucro real auferido ou presumivelmente auferido devido à operação, ou não superior a vinte milhões de reais; inabilitação temporária, por até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das instituições financeiras e cassação ou suspensão da autorização para o desempenho de atividade, operação ou funcionamento.

O artigo 12, § 1º preceitua que a advertência será aplicada às instituições financeiras que descumpram os deveres previstos nos incisos I e II do artigo 10, referentes à identificação e manutenção de cadastro atualizado sobre os clientes e ao registro das transações que ultrapassem os limites fixados pela autoridade competente.

O § 2º do dispositivo supracitado explicita, em contrapartida, que a pena de multa será aplicada às pessoas obrigadas a observarem os deveres de *compliance* caso estas, por culpa ou dolo: a) não sanem, no prazo fixado pelas autoridades, as irregularidades que foram objeto de advertência; b) descumpram os deveres previstos no artigo 10, incisos I a IV, referentes à manutenção de cadastro atualizado dos clientes e das transações com valores demasiadamente elevados; c) não atendam às requisições do COAF; d) não comuniquem as autoridades competentes acerca das operações efetuadas.

A inabilitação temporária, de acordo com o disposto no artigo 12, § 3º, será aplicada quando forem constatadas infrações graves ou quando houver reincidência específica quanto a transgressões que foram anteriormente punidas com multa. A cassação da autorização para o exercício de atividades, operação ou funcionamento de pessoas jurídicas, incidirá, nos termos do artigo 12, § 4º, quando houver reincidência específica em infrações punidas anteriormente com a inabilitação temporária.

Não se pode olvidar que, assim como deve ocorrer em todo processo administrativo, nestes casos é assegurado ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 13). Outrossim, o Decreto n.º 2.799, de 8 de outubro de 1998, regulamenta o procedimento para a imposição das sanções não penais dispostas na Lei de Lavagem de Capitais. O órgão competente para processar e julgar os ilícitos administrativos decorrentes do descumprimento dos deveres de *compliance* é o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (CARDOSO, 2015).

#### 4 USO DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NA LAVAGEM DE CAPITAIS

Nos delitos de lavagem de capitais tem ocorrido, gradativamente, a utilização da omissão imprópria como fundamento para atribuição de responsabilidade penal ao *compliance officer* pela prática do mascaramento, devido, notadamente, à inobservância do seu dever de reportar situações atípicas à unidade de inteligência financeira do Brasil (COAF). Desta forma, convém analisar os pressupostos para a configuração de um crime omissivo impróprio e a posição conferida ao oficial de cumprimento neste contexto.

##### 4.1 PRESSUPOSTOS DOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

As modalidades de lavagem de capitais previstas na Lei n.º 9.613, de 1998, são, em sua maioria, comissivas, de modo que não é possível falar em omissão própria nestes casos. Somente os atos de “guardar” ou “ter em depósito”, previstos no artigo 1º, § 1º, inciso II, admitem a modalidade omissiva sem exigir uma norma geral de adequação. “Para todas as outras condutas, a omissão somente será juridicamente relevante na modalidade imprópria, nos termos do artigo 13, § 2º, do CP” (BOTTINI, 2016, p. 197).

Nos crimes omissivos impróprios, ou comissivos por omissão, o agente tem a obrigação de agir para impedir um resultado. Significa dizer, deve atuar com o objetivo de evitar que determinado evento ocorra. Os elementos dessa forma de omissão, segundo o artigo 13, § 2º do Código Penal, são os seguintes: a) abstenção da atividade imposta pela norma; b) ocorrência do resultado típico devido à omissão; c) existência de situação que configure o dever de agir.

Neste contexto, segundo o magistério de Bitencourt (2014, p. 311):

Esses sujeitos relacionados assim de maneira especial, com determinados interesses jurídicos, são chamados de garantidores, que, segundo Sauer, devem prevenir, ajudar, instruir, defender e proteger o bem tutelado ameaçado. São a garantia de que um resultado lesivo não ocorrerá, pondo em risco ou lesando um interesse tutelado pelo Direito.

Desta forma, para que seja configurado um crime omissivo impróprio faz-se imperiosa a existência de três pressupostos, quais sejam:

a) Poder de agir: é necessário que o agente tenha a possibilidade física de agir. Logo, é insuficiente o dever de agir. Diante desse cenário, não seria possível, portanto, responsabilizar criminalmente o *compliance officer* se a estrutura da empresa não permite que ele possa desempenhar adequadamente suas tarefas.

b) Evitabilidade do resultado: se a realização da conduta é suficiente para evitar o resultado, conclui-se que sua omissão se torna causa do resultado. Entretanto, se a realização de uma conduta não tem o condão de impedir que o resultado se ultime, ocorrendo mesmo que o sujeito tenha agido, conclui-se que esta omissão não foi a causa do resultado.

Nestas circunstâncias, não é possível atribuir o resultado àquele que se omitiu. Para ilustrar o teor deste pressuposto, trazendo-o para o contexto analisado neste Artigo, pode-se considerar que o *compliance officer* só responderia por crime omissivo impróprio caso fosse demonstrado efetivamente que a prática dos deveres de *compliance* teria reduzido o perigo de lavagem.

c) Dever de impedir o resultado: não é suficiente a constatação de que o agente poderia agir e de que o resultado não teria ocorrido caso ele não tivesse se omitido. É mister ainda que o sujeito tenha o especial dever de evitar o resultado, ou seja, é necessário que ele seja garantidor.

## 4.2 COMPLIANCE OFFICER E O DEVER DE GARANTIA

O terceiro pressuposto para configuração dos crimes omissivos impróprios é, indubitavelmente, o que gera maiores controvérsias devido à colocação do *compliance officer* como garantidor da não ocorrência da lavagem de capitais.

Conforme explicitado anteriormente, os profissionais e instituições que atuam em setores sensíveis possuem obrigações de natureza administrativa, como o dever de conservar informações sobre os clientes e de informar a existência de operações suspeitas. Entretanto, para Bottini (2016, p. 199-200):

Isso não necessariamente significa uma atribuição expressa do dever de garantia, pois a norma estabelece a obrigação de contribuir com as autoridades de investigação – sistematizando informações e informando atividades suspeitas – e não o dever de impedir práticas de lavagem. [...] Por isso, não parece que o descumprimento de qualquer das normas administrativas da **Lei n.º 9.613/1998 atraia o dever de garantia e seja suficiente para a omissão imprópria.** (Grifou-se).

Ainda segundo o referido autor, mesmo que as regras administrativas fossem consideradas fontes do dever de garantia, a mera inobservância destas e o não impedimento da lavagem seriam insuficientes para justificar a responsabilidade por omissão, pois não se pode olvidar a necessidade de perquirir se houve capacidade de impedimento e dolo de resultado.

Destarte, deve-se comprovar que o *compliance officer* tinha ciência do contexto em que a lavagem de capitais foi perpetrada, de que conhecia seu dever de garante e de que detinha instrumentos aptos a interromper o processo criminoso.

Outrossim, é imprescindível que seja demonstrado o dolo, pois, *in casu*, a desídia e a imprudência não bastam, posto que o crime de lavagem de capitais, no direito pátrio, só existe na modalidade dolosa. É neste aspecto em que se encontra o principal entrave para definir uma punição adequada, tendo em vista a dificuldade em discernir se a conduta omissiva é dolosa (punida pela Lei de Lavagem) ou se consiste em uma conduta omissiva culposa (atípica).

Sob esse prisma, Costa e Araújo (2014) também se opõem ao tratamento conferido ao *compliance officer* como se este profissional fosse sempre um garantidor, pois consideram que sua função restringe-se a alertar sobre os riscos, não sendo correto partir do pressuposto de que possa e deva fazer o impossível para impedir o cometimento do delito na instituição financeira, pois, se isso fosse verdade, ele deveria ser o executivo principal, e não integrante de um setor de assessoria.

Entrementes, há outra vertente que atribui a este profissional a qualidade de garantidor. Neste sentido:

[...] acredita-se que o *compliance officer* ao mesmo tempo em que protege os interesses da instituição financeira, evitando, por exemplo, a ocorrência de fraudes ou danos à sua reputação, tem como foco principal de seu trabalho a proteção de riscos que possam ocorrer a terceiros, vítimas direta ou indiretamente de crimes. Dessa forma, **ao assumir essa posição, gera para si a obrigação legal de evitar riscos que possam afetar a terceiros, e se coloca na posição de garantidor nos termos da lei penal** (CARDOSO, 2015, p. 63, grifou-se).

Ao que tudo indica, foi este o posicionamento exposto pelo Supremo Tribunal Fe-

deral, ao julgar a Ação Penal 470 (caso do Mensalão), na qual três dirigentes do Banco Rural foram condenados pela prática de lavagem de dinheiro na modalidade omissiva, tendo em vista que eram os responsáveis pela área de *compliance* da instituição e teriam sido omissos quanto ao seu dever de prevenir a consecução do crime.

[...] A atuação da instituição financeira foi fundamental para a prática do delito. Basta, num simples exercício mental, suprimir na cadeia causal os atos atribuídos aos dirigentes do Banco Rural para se verificar que o crime imputado não se consumaria. E, como alhures exposto, **os dirigentes tinham o dever de evitar a prática criminosa (obrigação legal, garante) e, de fato, também eram os responsáveis pela área de combate à lavagem de dinheiro.** (BRASIL, 2012).

Impende frisar que foram feitas muitas críticas ao referido julgamento no que concerne à condenação por condutas omissivas. Os defensores do primeiro entendimento apresentado neste artigo aduzem que os Ministros condenaram os réus devido apenas ao cargo que estes ocupavam, como uma forma de impedir que fossem absolvidos por insuficiência probatória.

O posicionamento adotado pelo STF está, entretanto, coadunado ao do Supremo Tribunal Federal Alemão, que em 2009, ao julgar seu *leading case* sobre a responsabilidade penal de um *compliance officer*, também o erigiu à posição de garante. Na Espanha, segundo Bacigalupo (2011), ainda não há um entendimento uníssono quanto a este tema, mas, assim como no Brasil, há uma tendência em atribuir a este profissional o dever geral de garantia.

Para Bottini (2016), a utilização da omissão imprópria e a consequente presunção de que existe um dever de garantia são instrumentos empregados a fim de superar as dificuldades em comprovar a efetiva participação de determinados profissionais na prática da lavagem - o que promove uma aproximação da responsabilidade objetiva.

Esta visão é compartilhada por Saad-Diniz (2013, p. 9-10), que, ao analisar a decisão supramencionada, asseverou que “o STF definiu também o sentido criminal dos programas de *compliance*, mas desde uma interpretação duvidosa, porque nem sempre o simples descumprimento significa a prática de um delito [...]”.

## 5 SOLUÇÕES LEGISLATIVAS

A ampliação dos debates acerca dos parâmetros para responsabilização do *compliance officer* tem viabilizado a eclosão de novas sugestões, com o objetivo de estabelecer uma punição mais justa.

### 5.1 CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL ESPECÍFICO

Em 1992, a Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD) - criada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) para desenvolver mecanismos de combate ao narcotráfico e à lavagem de dinheiro – aprovou o Regulamento Modelo sobre os crimes desta natureza, no qual foi sugerida a criação de um tipo penal que abarcasse a conduta das instituições financeiras e de seus funcionários que descumprissem as regras atinentes ao *compliance*. A legislação brasileira, contudo, não atendeu a essa recomendação.

Barbosa (2010) defende esta solução sob a justificativa de que as varas federais especializadas no julgamento dos crimes econômicos e do mascaramento de capitais têm utilizado tipos penais próprios da Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional), para reprimir o descumprimento dos deveres de colaboração.

Não obstante a criação de um tipo penal específico represente a definição dos parâmetros punitivos, essa medida poderia gerar uma quantidade exorbitante de condenações, pois a Lei de Lavagem já apresenta, conforme fora exposto neste Artigo, sanções administrativas que são suficientes para coibir a omissão dos deveres de *compliance*.

## **5.2 LAVAGEM DE CAPITAIS CULPOSA**

A modalidade culposa do crime de lavagem de capitais se manifesta, de acordo com Cardoso (2015), quando o lavador não tem condições de saber que a origem do dinheiro é ilícita, mas poderia ou deveria presumir esta informação a partir do contexto fático; insta dizer, é a ausência de cautela em sua atuação que propicia a ocorrência da lavagem.

Como não há tipificação legal da modalidade culposa, esta, por óbvio, não possui sanção. Entretanto, na prática, constata-se que condutas culposas têm sido punidas como se fossem dolosas, para evitar que seus agentes fiquem impunes. Esta é, indubitavelmente, uma incongruência, pois uma condenação a título de culpa só é factível mediante a existência de expressa previsão legal – o que não existe até o presente momento.

Há, contudo, críticas a esta sugestão no sentido de que a criação de uma modalidade culposa para a lavagem de capitais implicaria a distorção dos objetivos do setor bancário, pois, para evitar uma possível responsabilização penal, este concentraria sua atuação nas atividades de *compliance*, em detrimento de seus negócios (QUINTERO, 2011).

## **5.3 ATENUANTE ESPECÍFICA**

Outra sugestão de inovação legislativa trazida à baila com o objetivo de propiciar uma punição fundada na equidade é o estabelecimento de uma atenuante específica, incidente nos casos em que a lavagem de capitais for por omissão imprópria. Esta medida estaria pautada na menor gravidade destas condutas, tendo em vista que:

O juízo de censura pessoal que incide sobre o autor de um delito omissivo impróprio é, geralmente, menor do que a reprovação sobre o autor do correspondente crime comissivo. Isto porque o produzir através de um comportamento ativo requer maior energia e resolução do que contemplar passivamente o curso de um acontecimento que conduz a um resultado típico, ainda que contrariando o dever de evitá-lo. Excetuam-se os casos em que há uma relação particularmente íntima entre o garantidor e o lesado (ex.: mãe e filho menor), circunstância capaz de aumentar a censura [...] (MUNHOZ NETTO, 1983).

No Brasil, entre os partidários desta ideia pode-se citar Cardoso (2015), que considera a inserção de uma atenuante facultativa específica na Lei n.º 9.613, de 1998, uma medida que promove a efetivação da dosimetria da pena de maneira justa, uma vez que a reprovação social em relação a um crime cometido por omissão imprópria é inferior àquela decorrente de uma conduta comissiva na prática da lavagem de capitais.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A postura adotada pelo Poder Judiciário, pelas instituições fiscais e autoridades policiais tem assumido novas nuances diante da profissionalização dos agentes que atuam nos processos criminosos. Essa especialização é patente no que tange ao delito de lavagem de capitais, caracterizado eminentemente pela constante modificação e dinamização das estratégias de mascaramento.

Nesse contexto, diante da ineficácia dos padrões usuais de combate a este delito, fez-se necessária a implementação de novos paradigmas de proteção penal antilavagem de capitais. Para viabilizar a concretização desta política, foi criada a função do *compliance officer*, o qual, conforme fora exposto neste artigo, é o responsável pelo sistema de prevenção, informação e comunicação de eventuais condutas criminosas no âmbito da instituição financeira.

Todavia, a imputação de responsabilidade penal a este profissional diante do descumprimento de um de seus deveres tem sido realizada de maneira desarrazoada, pois não há, no direito pátrio, uma definição clara dos parâmetros em que esta responsabilização deve ocorrer.

Assim, nota-se a ausência de preocupação em perquirir se de fato estão presentes os pressupostos para a configuração do delito de lavagem de capitais por omissão imprópria, sendo-lhe atribuído o cometimento do crime com fundamento tão somente na função por ele desempenhada. Nesse ínterim, constata-se uma alarmante aproximação da malfadada responsabilidade objetiva.

É irrefutável a relevância da incorporação das medidas de *compliance* pelas instituições financeiras, tendo em vista que esse setor consubstancia um instrumento para o delito de lavagem. Entretanto, não se pode admitir que essas medidas sejam utilizadas indiscriminadamente para fundamentar a punição de condutas omissivas como se estas fossem comissivas, gerando excessos punitivos.

Desta forma, tem-se notado uma tendência em responsabilizar o *compliance officer* a título de dolo quando, em verdade, sua conduta foi negligente, devido ao descumprimento de seus deveres de *compliance* – e, portanto, atípica para fins de condenação por lavagem de capitais.

Essa postura do Poder Judiciário está pautada na considerável reprovação social a este tipo de crime, notadamente diante do contexto enfrentado pelo Brasil nos últimos anos devido aos escândalos de corrupção, que, inevitavelmente, estão intimamente atrelados à lavagem de capitais.

Entretanto, mesmo com manifestas deficiências referentes ao acervo probatório,

condenações têm sido ultimadas sob o fundamento de que foi praticado o crime de lavagem por omissão imprópria, sem, contudo, analisar com acuidade as circunstâncias fáticas.

Assim, considerando o clamor social por respostas efetivas a esses crimes, o Poder Judiciário, para evitar absolvições por insuficiência de provas, opta pelas punições mais gravosas, apesar de não haver respaldo para sua incidência.

Impende frisar que este artigo Científico não defende a impunidade dos profissionais que colaborem com a prática da lavagem de capitais por meio de suas funções.

Defende-se, em contrapartida, que a atribuição desta responsabilidade seja pautada na apuração de fatos que confirmam aos julgadores a nítida convicção acerca dos elementos subjetivos, para que não recaia sobre o *compliance officer* a responsabilidade por um delito que ele não cometeu.

Outrossim, não se revela adequada a colocação “automática” deste profissional como garantidor da prática de condutas lícitas dentro da instituição financeira, pois não se pode olvidar que a apuração de infrações penais, conforme preceituado no artigo 144, § 4º da Constituição Federal, é uma atribuição da polícia, não sendo factível responsabilizar penalmente um particular pela falha no processo de prevenção ou combate à lavagem de capitais.

Portanto, as dificuldades enfrentadas pela polícia judiciária no processo investigatório não são aptas a justificar a transferência de uma competência que lhe foi constitucionalmente atribuída. Ressalte-se, contudo, que a técnica da ação compartilhada deve ser preservada por estabelecer uma colaboração entre o Estado e as instituições financeiras.

A crítica feita neste trabalho se refere ao fato de responsabilizar criminalmente o *compliance officer* devido ao descumprimento de um dos deveres atinentes à prevenção, informação ou comunicação de delitos. A depender das circunstâncias – *in casu*, se a omissão foi culposa -, as sanções administrativas são suficientes para punir a ausência de cautela no exercício funcional.

Por esta razão, não se considera cabível, neste Artigo, a proposta referente à criação de um novo tipo penal para punir o descumprimento dos deveres de *compliance*, pois seria apenas mais uma expressão da inflação legislativa brasileira. Não se pode ignorar, portanto, que o direito penal figura como *ultima ratio*.

Em contrapartida, as propostas referentes ao acréscimo de uma modalidade culposa na Lei de Lavagem de Capitais e de uma atenuante facultativa específica para as hipóteses em que o delito for cometido por omissão imprópria mostram-se viáveis, visto que propiciariam a fixação de uma dosimetria mais justa, realizada em consonância com as peculiaridades de cada situação.

Diante destas considerações, nota-se que a hipótese aventada nesta pesquisa foi confirmada, posto que existe a premente necessidade de empreender maior acuidade no julgamento de casos que envolvam o descumprimento dos deveres de *compliance* no âmbito das instituições financeiras, pois nem sempre sua inobservância configurará crime. Assim, a omissão imprópria não deve ser utilizada como fundamento para condenações se não estiverem presentes os pressupostos para sua configuração, que são aferíveis no caso concreto.

Conclui-se, portanto, que diante da ineficiência do mero recrudescimento das sanções penais, a adoção de um novo paradigma de política antilavagem revelou-se conveniente. Entretanto, ainda é necessário que os liames e parâmetros desta nova política sejam definidos, para que não haja subversão dos objetivos das medidas de *compliance*, tornando sua inobservância justificativa para condenar, de modo indiscriminado, os particulares que têm o dever de zelar pelo seu cumprimento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Economia. *Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/1998* (EM 962/MJ). Brasília, DF: Ministério da Justiça, 18 dez. 1996. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf/view>. Acesso em: 06 fev. 2017.

BRASIL. *Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm). Acesso em: 06 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal n.º 470*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf). Acesso em: 17 mar. 2017.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Arazandi, 2011.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de compliance. In: HIROSE, Taadaqui; BALTAZAR JR., José Paulo (Org.). *Curso de direito penal modular*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, v.2, p. 491-510.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A omissão e suas formas. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 308-314.

BLANCO CORDERO. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzadi, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão penalmente relevante. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.197-201.

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da AP 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 22, v. 106, p. 215-230, jan/fev.2014.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Os crimes omissivos no Brasil. *Revista da AJURIS*, n. 29, nov. 1983. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/66f8c/66fb-f/6708b?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em: 12 fev.2017.

QUINTERO, Luis Bernardo Quevedo. *La culpa en el lavado de activos*. Una extrapolacion no viable. Colombia: Felaban, 2011.

SAADI, Ricardo Andrade. O combate à lavagem de dinheiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 20, n. 237, p. 7-8, ago. 2012. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4672-O-combate-a-lavagem-de-dinheiro](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4672-O-combate-a-lavagem-de-dinheiro). Acesso em: 17 mar. 2017.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da Ação Penal 470. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 21, n. 242, p. 9-10, jan. 2013. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4801-O-modelo-brasileiro-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro-as-repercussoes-da-Acao-Penal-470](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4801-O-modelo-brasileiro-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro-as-repercussoes-da-Acao-Penal-470). Acesso em: 17 mar.2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Síntese*, Porto Alegre, v.13, n. 75, p. 22-30, ago/set. 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

**Artigo submetido em: 03-01-2019**

**Artigo aceito em: 25-06-2020**











REVISED STATUTES  
RELATING TO  
DISTRICT OF COLUMBIA  
AND  
POST ROADS  
PUBLIC TREATIES

HOUSE  
DOCUMENTS

Vol. 106

REPORT  
OF  
COMMITTEE ON AWARDS  
BY THE  
WORLD'S  
COLUMBIAN COMMISSION

LIBRARY  
INTERNATIONAL  
EXHIBITION  
J. B. 7-3  
OFFICE 44TH CONGRESS

VOL. 1

57th CONGRESS

1st SESSION

VOL. 3.

1875-76

Sb. 11  
AW

Sb. 11  
R29

57.9

5



PRINCIPIS APOS

PAVLVS V BVRGH

---

# **AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS E O SEU DISTANCIAMENTO DA REALIDADE: REFLEXÕES A PARTIR DE UM ATENTADO TERRORISTA**

## **THE DECLARATIONS OF RIGHTS AND THEIR DISTANCING FROM REALITY: REFLECTIONS FROM A TERRORIST ATTACK**

**Gilvânklim Marques de Lima<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Juiz Federal.

---

## RESUMO

O presente trabalho objetivo analisar, a partir dos atentados terroristas ocorridos no início de 2015 na França, como um sistema jurídico sedimentado em declarações com poucos reflexos no cotidiano de uma elevada parcela da população excluída do usufruto de direitos sociais pode não ser capaz de se perpetuar. Conclui-se que atos de violência como os discutidos no trabalho possuem raízes num quadro de insatisfação social com direitos prometidos e nunca concretizados, o que impõe às classes dominantes uma maior concessão de benesses em favor dos menos favorecidos, sob pena de implosão do sistema socioeconômico tal como o conhecemos.

**Palavras-chave:** Declarações; Direitos Humanos; Discurso; Dominação.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze, as from the terrorist attacks that occurred in early 2015 in France, as a right settled in declarations with little reflection in the daily life of a large part of the population excluded from the enjoyment of social rights, it may not be able to perpetuate itself. It is concluded that acts of violence such as those discussed in the paper are rooted in a framework of social dissatisfaction with promised rights that have never been fulfilled, which imposes on the dominants classes a bigger concession of benefits in favor of the less favored, under penalty of implosion of the socioeconomic system as we know it.

**Keywords:** Declarations; Human Rights; Speech; Domination.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Sinal de alerta em forma de atentado terrorista. 3. O direito como discurso ideológico. 3.1. Do Direito Natural ao “triunfo” dos direitos humanos. 3.2. Os Direitos Humanos e o individualismo. 3.3. As declarações de direitos como técnicas de dominação. 3.4. Existem direitos humanos universais? 4. O Direito e o cumprimento do seu papel social. 5. Os sinais de esgotamento das promessas de direitos como fator de contenção dos conflitos numa sociedade desigual. 6. Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

Episódios violentos, como os atentados terroristas ocorridos na França no início de 2015, seguidos por diversos outros atos similares praticados em países do Ocidente nos últimos anos de autoria de cidadãos desses próprios países, parecem sinalizar que a promessa de igualdade e paz social que as declarações de direitos proclamadas após a Segunda Guerra Mundial e dotadas de pretensões universais, gradativamente vêm se convertendo em discurso de difícil aceitação num cenário de supressão gradativa das bases do Estado de Bem Estar Social construído sobre as cinzas daquele conflito.

Investigar qual a relação entre os atentados terroristas praticados na França no início de 2015 e o quadro de crise de legitimação do discurso de direitos humanos universais que não são concretizados para uma grande parcela da população constitui o problema desta pesquisa.

Como hipótese, considera-se que um quadro de direitos prometidos e nunca concretizados integralmente pode representar o combustível capaz de implodir os sistemas jurídicos ocidentais do pós-guerra, se um cenário de concessões similares ao que se verificou durante o apogeu do Estado de Bem-estar Social na Europa não for sinalizado pelas classes dominantes à crescente massa de excluídos, a quem se vem negando direitos básicos, como, por exemplo, acesso à alimentação básica.

O objetivo da pesquisa volta-se a analisar como um discurso de direitos humanos que não se concretiza no cotidiano de grandes parcelas da população apresenta sinais de exaurimento, sendo os atos de violência praticados contra o modelo de organização da sociedade um reflexo desse esgotamento.

A pesquisa foi construída segundo uma abordagem indutiva, tendo sido adotada a documentação indireta como técnica de pesquisa, mediante consulta à bibliografia referenciada.

## 2 SINAL DE ALERTA EM FORMA DE ATENTADO TERRORISTA

O início do ano de 2015 foi marcado pela ocorrência de fatos que nos convidam à reflexão: no dia 07 de janeiro, os irmãos Chérif e Said Kouachi invadiram a sede de uma revista humorística francesa conhecida como “Charlie Hebdo” e assassinaram doze pessoas. Dois dias depois, também em Paris, Amédy Coulibaly invadiu uma mercearia judaica e, após fazer refém alguns clientes, foi morto pela polícia, não sem antes assassinar quatro das pessoas por ele mantidas como reféns<sup>2</sup>.

A justificativa utilizada pelos responsáveis pelos ataques à revista “Charlie Hebdo” seria a publicação de charges que, na visão dos muçulmanos, depreciariam a imagem de Maomé, considerado como profeta pela religião islâmica, não podendo, portanto, ser utilizado de forma jocosa por uma publicação. Quanto aos fatos envolvendo Amédy Coulibaly, a invasão do estabelecimento comercial judaico provavelmente teve vinculação com o persistente conflito entre árabes (adeptos da religião islâmica) e judeus, que atualmente habitam o Estado de Israel<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Estes fatos foram amplamente noticiados na imprensa no início do ano de 2015. No entanto, os jornalistas Callimachi e Yardley (2015), ao noticiarem os acontecimentos, buscam traçar um perfil dos envolvidos nos atentados, buscando vincular o ocorrido apenas a um processo de radicalização religiosa dos autores.

<sup>3</sup> Vincular a rejeição dos judeus pelos árabes apenas ao conflito que historicamente vem se desenrolando na região da Palestina talvez não seja a conclusão mais adequada. Na verdade, o antissemitismo há muito tempo se encontra presente na cultura ocidental, o que vem ensejando ondas periódicas de perseguições aos judeus desde os primórdios da Era Cristã.

Outro ponto que chama a atenção no ocorrido diz respeito à origem dos responsáveis pelos ataques. Não se trata de estrangeiros que adentraram ao território francês com a exclusiva finalidade de praticarem atos terroristas. Ao contrário, eles eram franceses, filhos de imigrantes que se encontravam, supostamente, inseridos na cultura local.

O palco dos acontecimentos também é emblemático. Trata-se da França, país que em 1789 foi sacudido por um movimento revolucionário que modificou as bases do pensamento ocidental, colocando por terra uma estrutura de governo monárquico- absolutista, fixando as balizas do pensamento político moderno e, por consequência, das formas e sistemas de governo que atualmente conhecemos. Pode-se dizer que a França foi o berço do liberalismo ou, pelo menos, o espaço no qual sua ideologia conseguiu se firmar de maneira mais ostensiva para, a partir daí, disseminar-se por todo o Ocidente, valendo-se, para tanto, de sua histórica Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

O próprio lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade) tem servido para sistematizar os direitos humanos, que geralmente são divididos em direitos que protegem a liberdade, buscando fomentar a igualdade e o espírito de cooperação entre todos os povos<sup>4</sup>.

Com o movimento revolucionário francês, teve início a disseminação pelo Ocidente da ideia de que existem direitos inerentes ao gênero humano, inalienáveis por natureza, cabendo ao Estado e aos demais indivíduos os respeitarem de forma praticamente sacra, sendo que, de tal respeito, adviria a felicidade de todo o gênero humano.

Mas, os ataques do início de janeiro de 2015, perpetrados por indivíduos supostamente inseridos na sociedade e cultura francesa sinalizam que nem todos estão felizes no berço revolucionário do liberalismo, o que nos conduz a refletir a respeito do papel que o Direito desempenha, em especial no que diz respeito à sua atribuição de conter os potenciais conflitos existentes na sociedade.

### **3 O DIREITO COMO DISCURSO IDEOLÓGICO**

#### **3.1 Do Direito Natural ao “triunfo” dos direitos humanos**

Estamos vivenciando a época em que o Direito, em especial os Direitos Humanos, são colocados como resposta para todas as mazelas da humanidade. Se há encarceramento injustificado, logo se procura abrigo na necessidade de respeito ao direito à liberdade individual como arma contra a arbitrariedade estatal. Se há pessoas sem abrigo, famintas, doentes ou socialmente excluídas, argumenta-se que a resposta para todos esses problemas se encontra no respeito ao direito à moradia, à alimentação e à saúde, todos eles acolhidos sob o manto do respeito à dignidade da pessoa humana<sup>5</sup>. Os Direitos Humanos são postos como resposta para todas as mazelas sociais.

---

<sup>4</sup> Interessante quadro do momento histórico, bem como das ideias que nortearam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é traçado por Comparato (2010, p. 154-179). De acordo com ele, a princípio o que se buscou foi a construção de uma sociedade livre da divisão por estamentos, sem a existência de privilégios com base no nascimento. Assim, mais do que a liberdade individual, segundo ele o valor almejado em 1789 seria a igualdade entre os homens.

<sup>5</sup> Odorissi e Leal (2014, p. 17), por exemplo, defendem que “garantir os direitos sociais dos cidadãos é assegurar a dignidade humana, constituindo uma meta permanente para o Estado”. Sarlet (2012, p. 93-111) também defende que a dignidade da pessoa humana desempenha um papel preponderante entre os princípios fundamentais de um texto constitucional. No entanto, parece-nos que o problema do

Parece que a simples menção ao direito no ordenamento jurídico já é suficiente para solucionar todos os problemas. O legislador brasileiro, por exemplo, quando confrontado com o crônico problema da falta de moradia no Brasil, encontrou a solução mágica: fez constar, por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, o direito à moradia como um dos direitos sociais a integrar o texto da Constituição Federal. Problema solucionado. A moradia é um direito de cada brasileiro. Se não existem recursos financeiros ou interesse político em concretizá-lo, isso já é uma outra questão, pois o legislador já fez a sua parte e, de forma reverente, consagrou a moradia, direito social elementar, como integrante de primeira grandeza do metafísico conceito de dignidade da pessoa humana<sup>6</sup>.

Douzinas (2009, p. 19), ao descrever o cenário do suposto triunfo dos direitos humanos, destaca que eles “são alardeados como a mais nobre criação de nossa filosofia e jurisprudência e como a melhor prova das aspirações universais da nossa modernidade, que teve de esperar por nossa cultura global pós-moderna para ter seu justo e merecido reconhecimento”.

Vê-se, portanto, que os Direitos Humanos integram a mesma raiz histórico-filosófica da qual se abeberou o Direito Natural, que constituiu ao longo de muito tempo um discurso de resistência ou de justificação de ordenamentos jurídicos diversos.

Quando se buscava confrontar o ordenamento jurídico, considerá-lo injusto ou contrário aos interesses do indivíduo, o Direito Natural servia como ferramenta de resistência, lastreando o argumento de que a prática do direito posto ou positivado, afrontava a um direito superior, de origem cósmica, divina ou racional, eterno e imutável, de forma que, uma vez desconsiderado pelo direito positivado, tornava este último ilegítimo e, por consequência, passível de ser resistido pelos eventuais prejudicados<sup>7</sup>.

Mas, por outro lado, quando se pretendia assegurar um quadro de submissão de todos em face do ordenamento jurídico do Estado, tornando-o imune a questionamentos, o mesmo discurso do Direito Natural era utilizado, desta vez para informar aos súditos que o direito positivado era uma mera transcrição do Direito Natural, eterno e imutável e, por consequência, superior aos próprios homens.

É por isso que, como lembra Kelsen (2005, p. 151), Kant defendia que qualquer resistência do povo em face do legislador seria ilegítima, pois o direito positivado seria uma mera

---

conteúdo do suposto princípio da dignidade da pessoa humana permanece insolúvel, uma vez que cada autor a ele atribui a definição e conteúdo que lhe parece mais adequado. Assim, entendemos que dignidade da pessoa humana, apesar de toda a aura de que se reveste o termo na atualidade, não passa de um conceito vazio, que se presta à utilização como argumento de autoridade, sendo-lhe enxertado conteúdo e definições ao gosto do usuário.

<sup>6</sup> O problema da alimentação também foi solucionado pelo legislador brasileiro mediante uma alteração constitucional: a Emenda Constitucional nº 64, de 04 de fevereiro de 2010, fez constar a alimentação como integrante do rol dos direitos sociais. Parece um subterfúgio destinado a eximir o Estado Brasileiro de adotar políticas públicas sérias voltadas a solucionar o problema da fome entre os brasileiros. Alterar o texto constitucional é o caminho que o nosso legislador encontrou para resolver a questão, embora as pessoas continuem famintas, pois um direito social etéreo, pelo simples fato de se fazer presente na Constituição Federal, não sacia a fome de ninguém.

<sup>7</sup> Esse papel de resistência que o Direito Natural já ostentou ou de fundamento superior que sustenta o próprio ordenamento positivado, segundo a maior parte da doutrina, é inspirado na tragédia grega conhecida como Antígona, escrita por Sófocles. Segundo a narrativa, a personagem Antígona decidiu conceder honras fúnebres a Polinices, não obstante a existência de uma norma proibitiva editada por Creonte, o soberano local. Para respaldar seu ato, Antígona se diz movida pela ideia de que o direito de conceder aos mortos um funeral digno é superior a qualquer norma proibitiva humana, que, por consequência, não tem qualquer validade perante essa norma eterna e superior, legada pelos próprios deuses.

transcrição do Direito Natural. Dentro dessa visão conservadora, pode-se dizer, valendo-se ainda das palavras de Kelsen (2005, p. 150), que “a resistência somente é justificável se o uso da força pelo governo não só for injusto mas também ‘ilegítimo’ – isto é, contrário não apenas ao Direito natural mas também ao Direito positivo.”

Verifica-se, portanto, que o Direito Natural constituiu ao longo do tempo um discurso, moldável de acordo com os interesses de quem o defendia, podendo servir de argumento para resistência ou justificação do ordenamento jurídico positivado.

Logo, como lembra Villey (2007, p. 3), o Direito Natural não desapareceu no Século XIX, conforme foi anunciado por alguns teóricos. Ao contrário, ele recebeu uma nova roupagem e assumiu a atual configuração que os Direitos Humanos ostentam.

### 3.2 Os Direitos Humanos e o individualismo

Os direitos humanos, ao contrário do que defendem os seus entusiastas, não parece haver se distanciado muito do círculo discursivo em torno do qual o Direito Natural orbitou ao longo do tempo. O que se enxerga hoje é que aos Direitos Humanos se atribui uma faceta que muito os aproxima do papel de resistência que o Direito Natural já ostentou em seus primórdios.

Douzinas (2009, p. 38) destaca que duas tendências assinalaram a passagem do Direito Natural clássico para a fase dos Direitos Humanos. Segundo ele, “a primeira transferiu o padrão de direito da natureza para a história e, com o tempo, para a humanidade ou a civilização. Este processo pode ser chamado de positivação da natureza.” Já a segunda tendência seria a que ele chamou de “legalização do desejo”. Nessa fase, “o homem foi transformado no centro do mundo, seu livre-arbítrio tornou-se o princípio da organização social, seu desejo infinito e irrefreável conquistou reconhecimento público.”

O Direito Natural, portanto, foi humanizado ao se transformar nos direitos humanos tão mencionados na atualidade. Não existe mais uma ordem cósmica, divina, que inspira a positivação do direito. O que se tem, na atualidade, na formulação teórica dos Direitos Humanos, é um discurso no sentido de que o homem, ao nascer, traz consigo determinados desejos, anseios que devem ser tutelados pela ordem jurídica. Dentro dessa visão, o mundo, a organização da sociedade e tudo o mais, existe em função do ser humano, da sua dignidade e devem se voltar para satisfação desse ser desejante, que nunca estará completamente satisfeito.

É por isso que Marx (2010, p. 48) argumenta que “*os assim chamados direitos humanos, os droits de l’homme, diferentemente dos droits du citoyen, nada mais são do que os direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade*” (itálico no original).

Para Marx (2010, p. 49-50), “a aplicação prática do direito humano à liberdade equivale ao direito humano à *propriedade privada*.” Já a segurança “é o conceito social supremo da sociedade burguesa, o conceito da polícia, no sentido de que o conjunto da sociedade só existe para garantir a cada um de seus membros a conservação de sua pessoa, de seus direitos e da sua propriedade (itálico no original).”

Os direitos humanos, em sua versão atual, fomentam o egoísmo. São os interesses individuais que precisam de satisfação, pois “o homem real só chega a ser reconhecido na forma do indivíduo egoísta, o *homem verdadeiro*, só na forma do *citoyen abstrato*” – itálico no original (MARX, 2010, p. 53).

Ao fomentar o individualismo, os Direitos Humanos, de inspiração burguesa, conseguem obstar qualquer ímpeto revolucionário, pois, como lembra Losurdo (1998, p. 204), amparado nas lições de Haym, o individualismo se mostra como “a barreira mais eficaz não contra a conservação, mas contra a ‘revolução’”.

O que se verifica, portanto, é a existência de um discurso que pretende se arrogar a

condição de norma de cunho universal, válido para toda humanidade, sem qualquer consideração relativa às diferenças culturais existentes entre os povos.

Mas os direitos humanos, norteados por uma visão associada ao Liberalismo<sup>8</sup>, encontram-se mais preocupados com a garantia da liberdade individual. Não é de somenos importância o fato de que a liberdade é colocada como o principal direito a ser tutelado pelo Estado mediante a não interferência nos negócios privados, devendo o Estado, apenas, assegurar a livre iniciativa de cada indivíduo.

Embora não se diga abertamente, o direito essencial a ser protegido segundo a visão do liberalismo é a propriedade privada. Desde a época em que prevalecia a doutrina do Direito Natural, a propriedade esteve no ápice dentre os direitos dignos de proteção. Kelsen (2005, p. 158), ao analisar esse contexto histórico, menciona que

[...], muitos dos seguidores da doutrina do Direito natural argumentam que um dos propósitos essenciais do Estado, isto é, do Direito positivo, é proteger o direito de propriedade estabelecido pelo Direito natural; e isso está além do poder do Estado, porque é contra a natureza abolir esse direito, que existe independentemente do Direito positivo.

Ainda segundo Kelsen (2005, p. 159), “não há direito absoluto à vida, mas há um direito absoluto à propriedade. A razão correta, implícita na natureza, ensina que a propriedade é ainda mais valiosa que a vida.”

A centralização do discurso de proteção dos direitos humanos na propriedade tem trazido dificuldades na universalização de tais direitos, uma vez que ele se torna monolítico e autoritário, pois não leva em consideração qualquer possibilidade de organização econômica de uma sociedade sem que haja a construção do sistema produtivo em torno da propriedade privada.

Os direitos humanos construídos a partir de um paradigma liberal fomentam o egoísmo, pois os interesses individuais acabam se sobrepondo aos anseios da coletividade. Quando se reclama, por exemplo, o atendimento do direito à saúde, à educação, à moradia, o indivíduo que o pleiteia não está interessado na universalização de tais direitos. O que ele pretende é o atendimento momentâneo e individualizado dos seus anseios sendo que estes, uma vez atendidos satisfazem o pleito daquele indivíduo, o que lhe retira, na maioria das vezes, qualquer interesse em manifestar preocupação com a universalização do atendimento destes direitos em benefício da coletividade.

É por isso que, como lembra Feitosa (2013, p. 93), “a luta pelos direitos humanos é a luta por sua concretização, é a luta para garantir os instrumentos de promoção da sociabilidade e não do isolamento e do egoísmo.”

Essa sistemática de promoção dos direitos humanos mediante promessas dirigidas ao indivíduo egoísta tem gerado um passivo impossível de ser atendido pelo Estado, tornando-os irrealizáveis (VILLEY, 2007, p. 5-6). Não existe orçamento estatal que possa garantir, por exemplo, tratamentos de “última geração” para todos os indivíduos que venham a necessitar deles, independentemente da moléstia de que padeçam.

Com isso, ao prometer em excesso, levando em consideração os interesses particulares de cada indivíduo, os direitos humanos perdem concretude, tornando-se meras declarações

---

<sup>8</sup> Losurdo (2006, p. 13), define o liberalismo como “a tradição de pensamento que situa no centro de suas preocupações a liberdade do indivíduo, desconsiderada ou pisoteada pelas filosofias organicistas de diferente orientação”.

voltadas a proteger quem já se encontra socialmente incluído ou ludibriar os excluídos, fazendo-os crer serem possuidores de direitos que estão bastante distantes de suas realidades.

O discurso se torna ainda mais vazio quando se considera o direito de propriedade, por exemplo. De nada vale garantir tal direito para quem se encontra sem acesso a ele. A proteção da propriedade dentro desse contexto objetiva, apenas, tutelar quem já dispõe de propriedade privada, colocando-o a salvo de qualquer interferência de quem não possui acesso a tal direito.

Os Direitos Humanos norteados pelo liberalismo fomentam a proteção a posteriori deles, ou seja, os direitos são protegidos apenas em relação a quem já os possui, colocando-o a salvo da interferência dos despossuídos.

Dessa forma, quando se tutela o direito de propriedade, por exemplo, ele é assegurado aos proprietários, amortecendo nos despossuídos qualquer insurreição em face dele com a vazia promessa de que, no futuro, eles também poderão vir a se tornar proprietários e, por consequência, também terão a sua posição jurídica devidamente protegida pelo direito positivo.

Além disso, a presença do direito de propriedade dentro da Constituição cria no ordenamento jurídico uma limitação negativa para o legislador a qual, segundo a classificação de Bobbio, impossibilita que qualquer medida normativa venha a ser adotada de forma a violar o direito de quem já é proprietário (BOBBIO, 2014, p. 63).

É preciso, portanto, levar em consideração que uma declaração de direitos, ainda que, na aparência, seja imbuída das mais respeitáveis intenções, pode trazer consigo o objetivo de assegurar situações jurídicas já consolidadas, colocando-as a salvo da interferência de qualquer indivíduo que por elas venham a ser prejudicados.

Adicionalmente, quando se declara a existência de direitos passíveis de proteção, cria-se a seguinte conjuntura: protege-se os interesses dos que já são detentores dos direitos declarados e, ao mesmo tempo, fomenta-se o anseio de acesso a tais direitos pelos despossuídos que, movidos pelo egoísmo fomentado pelo individualismo, passam a acreditar que, mediante seus próprios esforços, alcançarão no futuro, o acesso a tais benesses.

### **3.3 As declarações de direitos como técnicas de dominação**

A técnica de declarar direitos, sem preocupação real com a sua efetividade, parece ser uma artimanha perfeita. Os direitos referidos são assegurados para quem já os possui e, em relação aos alijados das benesses, cria-se a ilusão de que poderão ter acesso a tais direitos no futuro e, uma vez tendo-os incorporado ao seu patrimônio jurídico, terão os seus interesses igualmente protegidos.

Em razão da baixa efetividade das declarações de Direitos Humanos, que oscilam no círculo de uma jurisprudência repetitiva e banalizada, os direitos que gozam de efetividade para os indivíduos no seu cotidiano continuam sendo uma espécie de concessão do grupo dominante (DOUZINAS, 2009, p. 21 e 36). Os processos revolucionários, que conduzem à substituição de uma classe dominante por outra trazem consigo o seu próprio ordenamento jurídico, legitimado a partir do modelo de produção normativa delineado pela nova ordem vigente<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Como lembra Kelsen (1998, p. 5-10), não é qualquer determinação de que um indivíduo deve proceder de determinada forma que pode ser considerada uma norma jurídica. Para que o enunciado normativo constitua um *dever ser*, com natureza impositiva, é necessário que a ordem esteja legitimada por uma norma fundamentada em outra superior que, em último caso, obterá sustentação no que ele denominou de norma fundamental ou *Grundnorm*. Pode-se dizer que essa norma fundamental, mais do que conteúdo jurídico, é dotada de conteúdo político, que lhe foi transferido pela conjuntura social que moldou o modelo de Estado e, por consequência, norteou a formação do ordenamento jurídico em vigor.

Logo, as declarações de direitos oriundas dos movimentos burgueses que se consolidaram no poder a partir de 1789 refletem os valores sociais e econômicos da burguesia, não sendo, por consequência, declarações de direitos válidas para todos os povos, em todas as culturas e sem limitação temporal.

Mas do que o produto de consciências humanas arrependidas em decorrência de atos de violência e massacres praticados, ensejando uma forma de ato penitencial, que busca resguardar uma tal suprema dignidade da pessoa humana, como defendeu Comparato (2013, p. 50), as declarações de Direitos Humanos buscam estruturar os valores considerados caros para o grupo dominante, servindo, por consequência, como norte para a estruturação do ordenamento jurídico.

É por isso que em todas as declarações de direitos produzidas após a consolidação da burguesia como classe dominante, a propriedade privada sempre esteve entre os direitos básicos a serem protegidos, ainda que dentro da sociedade existam grandes contingentes de desvalidos sem qualquer acesso a tal direito ou a uma garantia real de que poderão usufruí-lo no futuro.

Com isso, as declarações de direitos são construídas com a finalidade de legitimar o ordenamento jurídico que protege o direito declarado para quem já o possui, sendo que, para os desamparados de tal direito, tais declarações servem apenas como uma promessa vazia, desprovida de qualquer efetividade.

### 3.4 Existem direitos humanos universais?

Nesse ponto, é preciso desmistificar a aura de universalidade que os Direitos Humanos presentes nas declarações produzidas partir de 1789 buscam ostentar. Todas as declarações produzidas desde então representam apenas a consolidação textual de valores dominantes na sociedade ocidental que, travestidos de universais, buscam ser impostos aos demais povos, sem grandes considerações com as peculiaridades de cada cultura.

Os conflitos de valores que se assiste atualmente entre o Ocidente e o restante da humanidade não causam perplexidade quando se renuncia a uma visão defensora da existência de direitos válidos para todos os povos, tal como pretendido pelo universalismo. Por mais que consideremos os nossos valores como importantes e produtores de benesses para a humanidade, jamais poderemos impô-los a outros povos sem o estabelecimento de um diálogo intercultural sério, sem pretensões de dominação, ao contrário do que se assiste atualmente.

A cultura do outro, quando ostenta valores diferentes do Ocidente, é taxada de primitiva, merecendo, por consequência, ser combatida. Não se leva em consideração que os supostos Direitos Humanos declarados são produto de uma visão de mundo que não necessariamente é a melhor e, portanto, não pode excluir os valores presentes nas demais civilizações.

É preciso que seja disseminada a consciência de que os **valores que se ocultam nas declarações de direitos não são universais**, tal como se pretende difundir. Eles são mutáveis e, mesmo que estejam presentes em todas ou na maioria das culturas, a forma de aplicação ou mesmo de positivação nos diversos ordenamentos jurídicos é diferente e deve ser respeitada.

As divergências surgidas quando da construção do texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 bem demonstram que os valores e direitos nela consagrados não são universais. A proteção da propriedade presente neste documento foi objeto de repulsa dos países integrantes do então bloco socialista, que se recusaram a externar expressa anuência ao seu texto, optando pela abstenção<sup>10</sup>. Isso significa que esses países se encontravam na contramão da defesa dos direitos humanos? A resposta para essa indagação talvez não seja tão simples como

---

<sup>10</sup> Comparato (2010, p. 237-253), ao traçar o histórico do ambiente de construção do documento internacional que ficou conhecido como Declaração Universal dos Direitos Humanos, informa que a intenção

não raras vezes se pretende fazer crer.

Talvez o núcleo da resposta deva ser buscado na constatação de que os direitos humanos presentes no texto da Declaração não eram tão universais como se pretendia. É sintomático o fato de que o enfoque primordial do texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 se encontrava centrado na proteção das liberdades individuais, valores bastante caros para a burguesia e o sistema econômico-filosófico que melhor a representa (o liberalismo). Já os direitos voltados à proteção social do indivíduo não mereceram a mesma preocupação, somente tendo sido objeto de pactos mais específicos na década 60<sup>11</sup>, quando já estava claro o esgotamento do Estado Liberal e a necessidade de concessão de direitos em favor das classes trabalhadoras, formando-se o que veio a ser conhecido como Estado de Bem-estar Social.

O Estado de Bem-estar Social nada mais foi do que uma concessão de direitos pela classe econômica e politicamente dominante no Ocidente. É falsa a ideia de que representou um novo modelo de Estado que substituiu o Estado Liberal. O que se verificou, na verdade, foi uma crescente insatisfação das classes operárias com as condições de exclusão e exploração a que eram relegadas, obrigando a classe dominante a fazer concessões como forma de manutenção do *statu quo*.

Não houve, portanto, o surgimento de uma conjuntura político-social que tornou o ambiente fértil à proliferação de direitos humanos. À medida que se declarava direitos como forma de amortecimento das insatisfações sociais, a violação destes mesmos direitos declarados persistia ou até se intensificava, a ponto de o Século dos Direitos (Século XX), ter sido também aquele no qual se perpetraram as suas mais cruéis violações (DOUZINAS, 2009, p. 21).

Dessa forma, quando as declarações de direitos, de eficácia praticamente nula, não se mostravam mais suficientes para amortecer os conflitos sociais e as medidas repressivas se exauriam sem maiores êxitos, então as classes dominantes passaram a fazer maiores concessões em favor dos despossuídos dos direitos declarados, sendo as benesses proporcionais aos níveis de organização e conscientização das classes trabalhadoras.

No entanto, não se pode jamais dizer que essa forma de tratamento dos conflitos sociais é um privilégio dos países capitalistas. No bloco das nações que formaram o eixo do socialismo real, a sistemática de tratamento também foi similar. À medida que se disseminava a ideia de que os negócios do Estado eram geridos em nome do povo, estruturava-se uma elite dominante, formada por burocratas membros do partido único que, apropriando-se do Estado, dele passaram a se utilizar em benefício próprio, em detrimento do povo, a quem coube, apenas, o papel de sustentar a estrutura do Estado e essa nova classe dominante, sendo os dissidentes, considerados como “traidores”, submetidos às mais cruéis punições e formas de aniquilamento<sup>12</sup>.

---

inicial era produzir um documento vinculante, capaz de obrigar todos os povos a observarem os seus preceitos. No entanto, em decorrência das acesas divergências existentes entre os representantes dos países participantes de sua elaboração, optou-se pela edição, apenas, de uma Recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas aos seus membros. O mesmo autor ainda noticia que o núcleo central da Declaração foi extraído do discurso do presidente americano Franklin D. Roosevelt, proferido em 06 de janeiro de 1941, durante o qual ele sustentou que as quatro liberdades a serem defendidas seriam a liberdade de palavra, de crença, bem como de convivência a salvo do temor e da necessidade. Isso demonstra que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apesar de sua ambição universalista, encontra-se fortemente inspirada por valores ocidentais, em especial dos vencedores da Segunda Guerra Mundial.

<sup>11</sup> Trata-se do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966.

<sup>12</sup> Um minucioso quadro da forma como o chamado socialismo real se estabeleceu e foi gerido na extinta

Na verdade, a técnica de declarar direitos, sem uma preocupação consistente com a sua efetividade é um mecanismo de dominação ideológica que vem sendo utilizado de forma bastante exitosa ao longo da história. No entanto, deve-se levar em consideração que o Direito é muito mais do que uma mera declaração de boas intenções – consoante se verifica na maioria dos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos ou mesmo nos textos constitucionais – quando abordam os chamados direitos sociais. O Direito, para ser eficaz, precisa ser acobertado por mecanismos de coerção, capazes de impor a vontade da lei aos que contra ela se insurgem<sup>13</sup>.

Logo, pode-se concluir que direito sem capacidade de concretização é promessa vazia, destinado a alienar as classes subordinadas pelo sistema político-econômico levando-as a pensar serem detentoras de determinados direitos, de concretização difícil ou inviável em decorrência de mecanismos presentes na doutrina ou jurisprudência dos tribunais, tal como acontece com determinadas construções teóricas como a reserva do possível em confronto com a garantia de um mínimo existencial, a existência de normas de eficácia limitada ou normas de eficácia contida e outros instrumentos ideológicos cuja finalidade é mascarar a completa ineficácia de uma norma declarada<sup>14</sup>.

engano do observador. Esses direitos presentes em tais documentos não são direitos reais, são meras promessas voltadas ao amortecimento de conflitos na sociedade, cujos membros pensam possuir determinadas garantias, quando na verdade são destinatários de meras promessas, cuja efetividade é praticamente inexistente.

Mencionar a existência de direitos, como saúde, moradia e alimentação para quem se encontra doente e sem assistência, desabrigado ou faminto chega a constituir uma violência moral contra o indivíduo. No entanto, essa postura é adotada diariamente pelos Estados. E isso não é feito porque o modelo de Estado Capitalista é mais cruel do que outros que já existiram no passado. Na verdade, o discurso em forma de promessa dos dominantes em relação aos subordinados na escala social sempre foi uma técnica utilizada nos mais diversos momentos históricos.

Nas sociedades escravagistas da antiguidade, por exemplo, a condição de escravo era justificada pela existência de uma determinada ordem cósmica que definia a posição dos homens na sociedade. Para isso, justificações filosóficas ou religiosas eram utilizadas, de forma que, não obstante a grande superioridade numérica de subalternos em relação à quantidade de

---

União Soviética é apresentado por Reis Filho (2003, p. 77-134). Na obra, o autor mostra as dificuldades enfrentadas pelo povo russo, em especial os camponeses, em decorrência do modelo de exploração coletiva da terra e da fixação de prioridades pelo Estado, voltadas, em especial durante o terceiro, quarto e quintos planos quinquenais para a assistência às chamadas indústria de base, como a siderurgia, a mineração e a petrolífera, deixando a agricultura relegada a segundo plano. Paralelamente a isso, o autor apresenta a forma como os indivíduos considerados perigosos pelo sistema eram tratados, destacando, ainda, a punição de todo o grupo familiar, cidade ou vila a que pertencia o suposto delinquente, prática esta do antigo regime Czarista, que foi ressuscitada na ex-União Soviética, em especial a partir dos anos 30.

<sup>13</sup> Com defende Hart (2009, p. 33), “[...], onde quer que exista um sistema jurídico, deve haver algumas pessoas ou um grupo de pessoas que proferem ordens de caráter geral, apoiadas por ameaças, que são geralmente obedecidas, e deve haver também a convicção geral de que essas ameaças podem ser efetivadas em caso de desobediência”.

<sup>14</sup> Para uma discussão aprofundada em torno da temática, em especial a respeito da forma como os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível são utilizados quando se avalia a concretização dos direitos sociais, apesar da existência de inúmeras obras a respeito do tema, recomendamos Olsen (2008) e a obra coletiva organizada e coordenada por Sarlet e Timm (2010).

dominantes (o que viabilizaria o êxito de possíveis revoltas), a quantidade delas em tais sociedades foram bastante diminutas e geralmente limitadas a uma pequena quantidade dos explorados que se insurgiram contra as condições de vida a que eram submetidos<sup>15</sup>.

No Feudalismo, por sua vez, com a divisão social em estamentos, a ordem das coisas era mantida com base no forte discurso religioso que predominava na sociedade, exercendo a Igreja Católica a função de amortecedora de eventuais conflitos que pudessem surgir<sup>16</sup>.

Com a rejeição crescente da posição social do homem definida segundo uma ordem cósmica ou divina, as sociedades capitalistas atuais buscaram encontrar outros mecanismos de dominação discursiva voltados a assegurar a estabilidade social num contexto de fortes diferenças econômicas entre os indivíduos. Esse papel vem sendo legado às declarações de direitos, que muito prometem e pouco concretizam em favor dos menos favorecidos.

A dimensão concretizadora dos direitos, quer eles estejam presentes em documentos internacionais de direitos humanos ou nos próprios textos constitucionais, depende da capacidade reivindicatória dos mais diversos grupos sociais, pois os que se encontram no papel de dominantes não fazem concessões sem que sejam compelidos a isso.

Dessa forma, o aspecto de promessas vazias que ostentam os direitos declarados persistirá, a não ser que os integrantes do topo da pirâmide sejam forçados a fazer concessões em nome da manutenção da organização social que os beneficia.

No entanto, a capacidade de reivindicação dos explorados pelo sistema político-econômico será sempre proporcional a conscientização do papel que eles ocupam na sociedade. Essa tomada de consciência precisa ser acompanhada pelo interesse de associação com os demais indivíduos que estão na mesma situação, viabilizando o surgimento de grupos de reivindicação que, à medida que se tornam maiores, podem lograr êxito em alterar a própria forma de organização da sociedade, tal como aconteceu, por exemplo, na Revolução Francesa de 1789 e na Revolução Russa de 1917.

Portanto, é necessário fazer a diferenciação entre o que é Direito efetivo, que se impõe coercitivamente a todos os seus destinatários, e o que é direito ideológico (se é que assim o podemos chamar), que representa na sociedade o papel de meras promessas, cuja concretização sempre fica relegada a segundo plano, albergando-se em justificativas, por exemplo, como a inexistência de recursos financeiros disponíveis para que o direito prometido possa ser usufruído pelos indivíduos dele supostamente destinatários.

Esse “direito” em forma de promessa, presente nos mais diversos documentos internacionais de Direitos Humanos, bem como nas declarações de direitos de muitos textos constitucionais dos países do Ocidente é mero discurso, sendo necessário, para que alcance alguma efetividade, que grupos de pressão se formem dentro da sociedade, com a finalidade de compelir os integrantes dos estratos mais favorecidos da sociedade a fazerem concessões, pois, do contrário, eles continuarão como promessas vazias e, sendo normas sem capacidade de imposição aos destinatários mediante coerção, direitos não podem ser considerados, pois lhes faltará a indispensável eficácia.

## **5 OS SINAIS DE ESGOTAMENTO DAS PROMESSAS DE DIREITOS COMO FATOR DE CONTENÇÃO DOS CONFLITOS NUMA SOCIEDADE DESIGUAL**

Iniciamos estas reflexões com uma breve menção aos episódios ocorridos no início de janeiro de 2015 envolvendo os irmãos Cherif e Said Kouachi e Amedy Coulibaly, cidadãos

---

<sup>15</sup> A respeito da escravidão nas sociedades antigas, em especial em Roma, consultar Joly (2004).

<sup>16</sup> Cf. Pedrero-Sánchez (2000).

franceses que supostamente deveriam se encontrar integrados ao modelo de sociedade ocidental mas que, ao contrário disso, contra ela se insurgiram e praticaram atos terroristas em suposta defesa da religião muçulmana e do seu profeta Maomé.

A indagação que se coloca é o que teria motivado pessoas supostamente inseridas na sociedade francesa atual, construída sob o famoso lema da Revolução Francesa de 1789, a se insurgirem contra o seu país?

Embora pudéssemos dirigir nosso enfoque para questões relativas a diferenças entre culturas, conflitos entre religiões e outros temas similares, preferimos considerar a situação econômica a que os descendentes de imigrantes se encontram expostos na França como uma explicação plausível.

Quando se avalia esse contexto econômico, chega-se à conclusão de que o direito à liberdade de exercício, por exemplo, de qualquer atividade econômica capaz de assegurar uma vida digna ao indivíduo, a igualdade de tratamento pelo Estado de todos cidadãos e a fraternidade que deveria existir no seio da sociedade, de forma que os menos favorecidos sejam prontamente assistidos em suas necessidades, constituem uma quimera, uma falácia, cujo amortecimento ideológico gerado pelas promessas de direitos, em especial em virtude da crise econômica vivenciada pela Europa na atualidade, encontra-se dando sinais exaurimento<sup>17</sup>.

Num contexto de convulsão social, é muito difícil dizer para pessoas famintas e desprovidas de atendimento às suas necessidades básicas que elas possuem determinados direitos, cuja eficácia elas não enxergam em suas vidas. O papel do “direito” ideológico no amortecimento de conflitos por meio de promessas sem real concretude, é limitado. Quando as pessoas descobrem o quanto estão sendo enganadas por esse discurso, a semente da revolta, da rebelião, do anseio niilista de extirpação de todas as estruturas sociais existentes começa a surgir.

Talvez sejam os efeitos do despertar da população do engodo ideológico produzido por um direito inexistente que supostamente asseguraria a felicidade de todos os indivíduos, que gerou em Burke (2014) a perplexidade que ele externou quando se deparou com os rumos tomados pela Revolução Francesa de 1789.

Naquele momento histórico, a massa dos excluídos pode constatar que o reino existente, supostamente constituído para assegurar o bem-estar e a felicidade de todos, conduzido pela figura paternal de um rei cujo único interesse seria servir ao seu povo, era uma falácia. O que na verdade existia era uma estrutura de opressão focada em assegurar os privilégios de uma minoria que era beneficiária do trabalho e da riqueza gerada pelo trabalho da maior parte da população.

Nesse despertar, não adianta tentar levar o povo à crença de que é possível a modificação dos rumos do Estado, corrigindo as suas distorções de forma servil e reverente, tal como

---

<sup>17</sup> Segundo Ribeiro (2015, p. 29), “Os números dão uma ideia do fosso social que existe entre franco-franceses e famílias de imigrantes. Enquanto o desemprego na França ronda os 10%, entre os imigrantes o número sobe para 14%, segundo dados oficiais de 2014. Os de ascendência africana registram as maiores taxas de desemprego: 22%. Entre os jovens que acabam de terminar os estudos, a discrepância é ainda maior. Entre os franceses, 11% não conseguem trabalho nos cinco primeiros anos após a universidade, segundo um estudo promovido pelo governo em 2012. Entre filhos e netos de imigrantes, o percentual chega a 34%. A formação acadêmica é um dos maiores problemas. Três em cada quatro franceses conseguem aprovação no BAC, uma espécie de ENEM francês que valida o diploma do ensino médio – mas apenas metade dos alunos de origem africana consegue passar. Entre os moradores da região de Paris com mais de 15 anos, 16% não tem nenhum diploma. Entre os imigrantes, são 37% nessa situação”.

Burke (2014, p. 114-115) defendeu<sup>18</sup>. Quando a semente da revolta encontra terreno fértil, a explosão do magma da indignação popular é incontornável.

É importante, por consequência, que não se atribua aos eventos ocorridos na França em janeiro de 2015 o perfil apenas de um suposto “choque de civilizações”, tal como pretendeu Huntington (1997). A capacidade de transmissão de informações na atualidade tem levado cada vez mais pessoas a enxergar o quadro de exploração e injustiça social a que se encontram relegadas, o que pode ser a semente para que revoltas, capazes de desconstruir as estruturas de Estados, disseminem-se por todo o mundo, independente do sistema político-econômico socialmente aplicado.

Por consequência, é fundamental que se leve em consideração que esse papel do “direito” que aqui chamamos de ideológico, desprovido da capacidade de ser efetivamente concretizado - uma vez que a sua finalidade é apenas prometer benesses como forma de amortecimento de insurreições entre a população alijada da maior parte dos benefícios do sistema - aparenta se encontrar em estágio de esgotamento, assim como se exauriram no passado, por exemplo, o discurso de justificação da ordem social a partir da determinação divina.

Logo, se as concessões da classe dominante não se ampliarem, talvez o quadro de convulsão social que o mundo atualmente vivencia conduza à desconstrução do modelo econômico vigente, restando aos beneficiários dele, quando e se isso vier a ocorrer, apenas prantear sobre as suas cinzas, tal como Burke (2014), que via o seu mundo monarquista e estruturado sob privilégios de nobres bem-nascidos consumido pelas chamas da Revolução Francesa.

## 6 CONCLUSÃO

Os Direitos Humanos, tal como os conhecemos na atualidade, não surgiram nos últimos cem ou duzentos anos, como muitas vezes se defende. Ao contrário, eles possuem as suas raízes na antiga doutrina do Direito Natural, que não desapareceu, porém sofreu um processo de metamorfose e adaptação, agregando-se conceitualmente à doutrina moderna dos Direitos Humanos.

Ao se analisar as diversas declarações de direitos, quer se façam presentes em documentos internacionais, quer estejam em textos constitucionais internos, verifica-se que elas, ao agregarem os chamados Direitos Humanos, fazem-no sem uma preocupação maior com a efetividade, constituindo, portanto, apenas um discurso de cunho ideológico, voltado a transmitir para os excluídos do usufruto de tais benesses apenas a mensagem de que, uma vez eles vindo a serem titulares de fato dos direitos e garantias presentes em tais declarações receberão a devida proteção do sistema jurídico. Enquanto isso não ocorre, devem, reverentemente, respeitar o exercício do direito garantido por quem já o incorporou ao seu patrimônio jurídico.

Verifica-se, portanto, que da forma como a defesa dos Direitos Humanos se encontra concebida, em especial sob as luzes do Liberalismo, tem-se uma proteção de direitos *a posteriori*, uma vez que, somente após se tornar titular do direito é que o indivíduo passa a ter uma real proteção dele, haja vista que no estágio anterior ele é apenas detentor de promessas.

Essa faceta individualista presente nas diversas declarações de direitos tem como esco-

---

<sup>18</sup> “Para evitar, portanto, os males da inconstância e da versatilidade, mil vezes piores que os da obstinação e do mais cego preconceito, os ingleses consagraram o Estado para que ninguém se aproximasse a fim de examinar-lhe os defeitos e as corrupções sem a circunspeção necessária; para que jamais se imaginasse começar sua reforma por sua subversão; para que se aproxime das falhas do Estado como quem se aproxima das feridas de um pai, com pia reverência e trêmula solicitude.”

po basilar a defesa do direito de propriedade, assegurado como direito de primeira grandeza nos mais importantes documentos jurídicos ocidentais produzidos após 1789.

Dessa forma, o direito como discurso, presente nas diversas “declarações”, tem a finalidade de promover o amortecimento de conflitos sociais, uma vez que por meio delas se legitima a atuação do Estado no exercício da proteção da minoria que já é titular do direito declarado, ao mesmo tempo em que se produz uma contenção ideológica da maioria dos excluídos, que anseia se tornar futuramente detentores de direitos similares, oportunidade em que também poderão contar com a proteção do sistema jurídico.

No entanto, os diversos conflitos que se assiste atualmente na sociedade levam-nos a concluir que esse papel de controle ideológico exercido por essas declarações de direitos está adentrando uma fase de exaurimento, pois com a difusão rápida de informações um número crescente de indivíduos percebe que a forma de organização do sistema inviabiliza que eles, de fato, venham a ser titulares dos direitos garantidos, o que leva a convulsões sociais que desponham sob as mais diversas formas, sendo uma das mais letais na atualidade aquela que se reveste de extremismo religioso, tal como se assistiu no início de 2015 na França.

Com isso, percebe-se que a elite dominante necessitará fazer concessões mais amplas de direitos como forma de se autopreservar, pois, do contrário, um ambiente de revoltas violentas poderá se instalar, conduzindo a uma implosão do modelo atual de organização político-econômica em um futuro que pode estar próximo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução na França*. Tradução José Miguel Nanni Soares. São Paulo: EDIPRO, 2014.

CALLIMACHI, Rukmini; YARDLEY, Jim. Autores do ataque ao “Charlie Hebdo” levaram 12 anos se radicalizando. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jan. 2015. Mundo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/01/1579124-autores-do-ataque-ao-charlie-hebdo-levaram-12-anos-se-radicalizando.shtml>. Acesso em: 06 jan. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FEITOSA, Enoque. Bobbio e a crítica de Marx aos direitos humanos: o que e quais são os direitos humanos? Elementos para uma refutação da concepção individualista dos direitos humanos. In: TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013, v. 1, p. 79-95.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

JOLY, Fábio Duarte. *Tácito e a metáfora da escravidão: um estudo de cultura política romana*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LOSURDO, Domenico. *Hegel, Marx e a tradição liberal*. Tradução Carlo Alberto Fernando Nicola Dastoli. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. Tradução Giovanni Semeraro. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Tradução Nélio Schneider, Daniel Bensaïd e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010.

ODORISSI, Luiza Ferreira; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A República de Weimar como paradigma do Estado Moderno: o controle jurisdicional de políticas públicas como meio de efetivação dos direitos sociais. *Direito Público*, São Paulo, nov./dez.2014, v. 11, n. 60, p. 9-25.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PEDRERO-SÁNCHEZ, Maria Guadalupe. *História da Idade Média: textos e documentos*. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

REIS FILHO, Daniel Aarão. *As revoluções russas e o socialismo soviético*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

RIBEIRO, Gustavo. Nas ruas que cortam a França. *Revista Época*, São Paulo, n. 867, p. 26-29, 19 de janeiro de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

**Artigo submetido em: 23-06-2019**

**Artigo aceito em: 31-07-2020**