86134

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 24 • vol. 125 • novembro / 2016



REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 125 • novembro / 2016

Presidência
Andre Pires de Andrade Kehdi

Coordenação
Marina Pinhão Coelho Araújo

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

EDITORA-CHEFE – Marina Pinhão Coelho Araújo.

EDITORES-ASSISTENTES – Ana Carolina Carlos de Oliveira, Chiavelli Facenda Falavigno, Heloisa Estellita, Pedro Augusto Simões da Conceição e Vinicius Gomes de Vasconcellos.

EDITORES-EXECUTIVOS - Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses.

CONSELHO EDITORIAL
Ada Pellegrini Grinover (USP – São Paulo/SP); Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália); Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP); Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia); Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal); Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha); Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha); Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP); Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP); Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha); Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha); Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha); Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha); Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal); Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha); David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália); Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha); Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá); Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha); Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha); Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha); Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile); Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) ; João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal); Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal); José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha); José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal); Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina); Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR); Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha); Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha); Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR); Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal); Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal); Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia); Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina); Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP); Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha); Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal); Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile); Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai); Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR); Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha); Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália); Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha); Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP); *(professores brasileiros aposentados).*

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Álvaro Roberto Antanavicius Fernandes (Universidade de Lisboa/PT); Ana Carolina Carlos de Oliveira (USP – São Paulo/SP); André Szesz (UNIPOSITIVO – Curitiba/PR); Antonio Carlos Tovo Loureiro (RS); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP); Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt/ALEM); Daniel Leonhardt dos Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS); Davi Tangerino (UERJ - Rio de Janeiro/RJ); David Leal da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS); Diego Alan Schöfer Albrecht (PUCRS – Porto Alegre/RS); Eduardo Bruno Avellar Milhomens (MG); Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS); Fernanda Carolina de Araujo Ifanger (SP); Francis Beck (Unisinos – São Leopoldo/RS); Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Júnior (UFPR – Curitiba/PR); Gabriel Antinolfi Divan (UPF – Passo Fundo/RS); Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/MS); Gustavo Noronha de Ávila (UEM – Maringá/PR); Helena Regina Lobo da Costa (USP – São Paulo/SP); José Danilo Tavares Lobato (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Leonardo Costa de Paula (UFPR – Curitiba/PR); Leonardo Massud (PUCSP – São Paulo/SP); Luís Carlos Honório de Valois Coelho (TJAM – Manaus/AM); Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ - Ijuí/RS); Marcelo Almeida Ruivo (Universidade de Coimbra/PT); Maria João Carvalho Vaz (Universidade de Coimbra/PT); Oliveiros Guanais de Alencar Filho (PR – Salvador/BA); Rodrigo Duque Roig Soares (DPGE – Rio de Janeiro/RJ); Salah Khaled Jr. (FURG – Rio Grande/RS); Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA); Sérgio Salomão Shecaira (USP – São Paulo/SP); Sylvia Chaves Lima Costa (FACIG – Rio de Janeiro/RJ); Tarsis Barreto (UFTO – Palmas/TO); Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP).

AUTORES (DESTE VOLUME)

Ana Paula Pavanini Navas (Curitiba/PR); André Luís Callegari (São Leopoldo/RS); Bárbara Fachinelli Nishi de Souza (Curitiba/PR); Eduardo Cambi (Jacarezinho/PR); Fabiano Emídio de Lucena Martins (João Pessoa/PB); Gabriela Buarque Pereira Silva (Maceió/AL); Ilton Garcia da Costa (Coimbra/Portugal); Isabella Christina da Mota Bolfarini (São Paulo/SP); João André de Almeida Luz Soares (Coimbra/Portugal); João Maurício Adeodato (Vitória/ES); Jônatas Henriques Barreira (Niterói/RJ); Josué Mastrodi Neto (Campinas/SP); Matheus Gomes Camacho (Jacarezinho/PR); Raphael Boldt (Vitória/ES); Raul Marques Linhares (São Leopoldo/RS); Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues (Coimbra/Portugal); Romulo Rhemo Palitot Braga (João Pessoa/PB); Ulfrid Neumann (Frankfurt/Alemanha).

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 125 • novembro / 2016

Presidência
ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI

Coordenação
MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Diagramação eletrônica:
WK Editoração Gráfica Ltda. CNPJ 13.342.196/0001-44
Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49



© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [11-2016]
Profissional
Fechamento desta edição: [13.10.2016]



ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 125 • novembro / 2016

Coordenação (editora-chefe)
Marina Pinhão Coelho Araújo

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2015/2016

Presidente
Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente
Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente
Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário
Fábio Tofic Simantob
2.ª Secretária
Eleonora Rangel Nacif
1.ª Tesoureira
Fernanda Regina Vilares
2.ª Tesoureira
Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carlos Roberto Isa

Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas
Ivan Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Cristina Cury Saad Gimenes
Sérgio Mazina Martins

Ouvidor

Yuri Felix

Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva
Andrea Cristina D'Angelo
Bruno Amabile Bracco
Daniel Zaclis
Danilo Dias Ticami
Roberto Luiz Corcioli Filho
Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Diogo Rudge Malan
Biblioteca
Bruno Salles Pereira Ribeiro
Boletim
José Carlos Abissamra Filho
Comunicação e Marketing
Rogério Fernando Taffarello
Convênios
Matheus Pupo
Cursos
Paulo Sérgio de Oliveira
Estudos e Projetos Legislativos
Renato Stanziola Vieira
Iniciação Científica
Alexis Couto de Brito
Mesas de Estudos e Debates
Andrea Cristina D'Angelo
Monografias
Fábio Roberto D'Avila
Núcleo de Pesquisas
Bruna Angotti
Relações Internacionais
Helena Regina Lobo da Costa
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Revista Liberdades
Roberto Luiz Corcioli Filho

Presidentes dos Grupos de Trabalho

Código Penal
Juliana Garcia Belloque
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos
Estudos das Escolas Penais
Alexis Couto de Brito
Infância e Juventude
Giancarlo Silkunas Vay
Justiça e Segurança
Humberto Barrionuevo Fabretti
Política Nacional de Drogas
Cristiano Avila Maronna
Sistema Prisional
Bruno Shimizu

Presidentes das Comissões Organizadoras

22.º Seminário Internacional
Sérgio Salomão Shecaira
20.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Fábio Roberto D'Avila
Atualização do Vocabulário Básico Controlado – VBC
Renato Watanabe de Morais
Concessão de bolsas de estudo e desenvolvimento acadêmico
Eleonora Rangel Nacif

Comissão Especial IBCCRIM – Coimbra

Presidente
Beatriz Dias Rizzo
Secretário-Geral
Rafael de Souza Lira

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 125 • novembro / 2016

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editoras: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

Assistentes Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes e Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial
Coordenação
DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: Aline Almeida da Silva, André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Maurício Zednik Cassim, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco e Mayara Crispim Freitas

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

SUMÁRIO

DIREITO PENAL

O uso da mediação nos delitos sexuais: o resgate da dignidade da vítima

The use of mediation on sexual assault: regarding the dignity of the victim

BÁRBARA FACHINELLI NISHI DE SOUZA 15

Praxeologia e a teoria finalista welzeliana: uma análise jusfilosófica sobre a ação humana

Praxeology and welzel's finalist theory: a jusphilosophical analysys of human action

GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA 57

Multa criminal, sua inadimplência e a exclusão social pelo impedimento em restabelecer direitos políticos

The criminal debt default and the social exclusion by the prevention to restore political rights

ILTON GARCIA DA COSTA E ANA PAULA PAVANINI NAVAS 81

O problema constitucional da redução da maioridade penal

The constitutional problem of the reduction of the criminal majority

JOSUÉ MASTRODI E JÔNATAS HENRIQUES BARREIRA 103

L'emprise relative du droit sur le concept de violence morale

A consideração relativa do Direito sobre o conceito de violência moral

ISABELLA CHRISTINA DA MOTA BOLFARINI 139

A (des)informação na dianteira do profano: o crime de abuso de informação privilegiada – uma reflexão inevitável

The (dis)information in front of the profane: insider trading – an inevitable reflection

RICARDO ALEXANDRE CARDOSO RODRIGUES E JOÃO ANDRÉ DE ALMEIDA DA LUZ SOARES 189

Alternativas ao Direito Penal

Alternativen Zum Strafrecht

ULFRID NEUMANN 235

Traduzido por RAPHAEL BOLDT

PROCESSO PENAL

Processo e catástrofe: a racionalidade do processo penal moderno a partir da filosofia da história de Walter Benjamin

Process and catastrophe: the rationality of the criminal procedure on the basis of Walter Benjamin's philosophy of history

RAPHAEL BOLDT E JOÃO MAURÍCIO ADEODATO 255

CRIME E SOCIEDADE

O combate ao terrorismo: entre a guerra ao terror e a construção da paz em casos extremos como o da *ticking time bomb*

The combating terrorism: between the war on terror and the peacebuilding in extreme cases as the ticking time bomb

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI E RAUL MARQUES LINHARES 279

A mídia como instância informal de controle do delito a partir da análise do filme *O pagador de promessas*

The media as an informal forum crime control from the analise of the movie O pagador de promessas

EDUARDO CAMBI E MATHEUS GOMES CAMACHO 305

O fenômeno da lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas na *deep web:* avanço da criminalidade virtual

Money laundering and drug trafficking in the deep web: the advancement of virtual crime

FABIANO EMÍDIO DE LUCENA MARTINS E ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA 337

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 357

TEMAS 358

POLÍTICA EDITORIAL – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 363

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 373

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (CHECK LIST) 379

EDITAL – CHAMADA DE ARTIGOS – DOSSIÊS 2017 381

O USO DA MEDIAÇÃO NOS DELITOS SEXUAIS: O RESGATE DA DIGNIDADE DA VÍTIMA

THE USE OF MEDIATION ON SEXUAL ASSAULT: REGARDING THE DIGNITY OF THE VICTIM

BÁRBARA FACHINELLI NISHI DE SOUZA

Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal.
Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba.
Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
barbarafachinelli@gmail.com

Recebido em: 28.09.2015
Aprovado em: 28.04.2016
Última versão autora: 03.07.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: Ao analisar o papel da vítima do delito sexual no processo de composição da sanção ao algoz, verifica-se que a mesma tem seus direitos duplamente violados quando passa, ela também, a ser julgada por sua conduta moral e sexual pelas instâncias formais de controle social, a partir de valores eminentemente patriarcais, a fim de validar a sua narrativa e, assim, a prova criminal. Escancara-se, então, a violência institucional a qual é submetida, além da ineficácia – ou a eficácia invertida – da resposta penal à prevenção de novas agressões sexuais. Neste contexto, é necessário buscar alternativas à solução jurídico-penal tradicional, que devolvam à vítima o seu protagonismo e constituam uma reposta efetivamente preventiva. Neste trabalho, propõe-se o uso da mediação, integranteda chamada Justiça Restaurativa.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes sexuais – Vitimologia – Política Criminal – Prevenção – Mediação.

ABSTRACT: By analysing the role of the victim of sexual offense in the process of composing the penalty to the offender, it becomes evident that the victim's rights are violated twice once the formal authorities of social control also judge her for her moral and sexual behavior before considering her narrative valid and, therefore, criminal evidence. This is potentially enhanced by our eminentially patriarchal based values society. It then exposes the institutional violence to what the victim is submitted to, besides the inefficiency, or the inverted efficiency, of the criminal response to prevent new sexual assaults. In this context it is necessary to search for new alternatives apart from the traditional criminal law solution, which would bring back the protagonism to the victim and consolidate an effective and preventive response. This paper proposes the use of mediation, which is part of the Restorative Justice.

KEYWORDS: Sexually assault – Victimology – Criminal Politics – Prevention – Mediation.

SOUZA, Bárbara Fachinelli Nishi de. O uso da mediação nos delitos sexuais: o resgate da dignidade da vítima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 125, p. 15-55, nov. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A vítima do crime sexual e o processo penal - 2.1. Patriarcalismo jurídico e violência institucional - 2.2. Ineficácia do sistema penal na resolução do conflito - 3. O resgate da vítima como sujeito essencial na composição da resposta ao delito - 4. Alternativa à repressão penal - 4.1. A mediação como opção procedimental - 4.2. Notas sobre as políticas sociais de gênero no Brasil - 5. Considerações Finais - 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O cometimento de um ato ilícito violador de algum direito individual ensejaria, num primeiro momento, uma reação de acordo com o interesse da vítima, vez que é a parte mais interessada na resposta ao delito praticado contra si. Entretanto, tendo como pano de fundo o ideal iluminista, de uso da razão em detrimento de percepções medievais e de vingança pessoal, o *jus puniendi* pertence ao Estado, cabendo a este conduzir de maneira justa e racional o processo penal. Neste processo, a vítima – e seus interesses – é deixada em segundo plano, constituindo a sanção ao delito uma resposta, precipuamente, à violação da norma jurídica e não ao direito individual em si, revestindo-se o litígio de características de problema público e não privado.

Nas sociedades contemporâneas, inseridas em um Estado Social Democrático, desenvolveu-se uma nova visão sobre os interesses da vítima e seu papel na relação litigiosa. O monopólio punitivo e controlador ainda pertence ao Estado, porém nas últimas décadas surgiram discussões acerca da participação da vítima na justiça criminal para a satisfação, também, de seus interesses na composição da sanção, não mais sendo vista como mera informante do ilícito e totalmente afastada do processo penal.

A discussão se torna relevante especialmente para a vítima do delito sexual que, como todos os delitos, tem um papel meramente probatório da ocorrência da violação sexual durante o processo penal, porém a estrutura patriarcal a qual é submetida acaba também por julgá-la moral e sexualmente, impingindo contra a sua pessoa uma violência, ainda que simbólica, que pode ser maior que a do ato ilícito em si cometido. Ainda, o sistema penal, ao final, é capaz de imputar apenas um tipo de sanção ao ofensor, qual seja, a pena privativa de liberdade que, na maioria das vezes, não condiz com os interesses da vítima e é totalmente ineficaz na prevenção ao cometimento de outros delitos sexuais.

Neste contexto, olvida-se que a vítima deve ser tratada com respeito e dignidade perante as instituições de controle formal, adotando estas medidas eficazes para a sua participação ativa – como protagonista – no processo de resolução do litígio, como uma forma de resgatar sua dignidade na relação con-

flitual. Ao ter voz, é possível externalizar as necessidades e interesses que tem em relação ao algoz, principalmente quando com este mantém uma relação íntima anterior. Na maioria das vezes, a vítima da violência sexual é a esposa, a amásia, a namorada, a filha, a enteada, a funcionária do agressor e sabe que o mero afastamento temporário deste do convívio social não evitará a prática de um novo ato ilícito, muitas vezes pior e contra si.

Uma política criminal alternativa à atual política penal que possibilite este protagonismo, em relação ao delito sexual, é o uso da mediação. Nela, além de as partes não ficarem em franca oposição, pois são incentivadas a chegar a uma conclusão juntas, vê-se uma reação ao delito com vieses mais constitucionais do que penais. Tal política está inserida nos estudos sobre Justiça Restaurativa os quais, justamente, visam resgatar a dignidade da vítima no processo penal, oportunizando um espaço ativo para fala e a compreensão, pelas instituições formais de controle, de seu papel.

A longo prazo, a política criminal relacionada com a educação de gênero pode, também, evitar a prática de violências sexuais uma vez que este tipo de delito nada mais é do que uma das faces da violência de gênero e afirmação de poder patriarcal,onde ainda prepondera uma visão androcêntrica de mundo e de desigualdade dos sexos. A disponibilização de grupos reflexivos de gênero em Organizações Não Governamentais e institutos privados apresenta resultados positivos neste sentido, evidenciando que a educação é uma das principais políticas criminal e social para a contenção e prevenção do problema.

2. A VÍTIMA DO CRIME SEXUAL E O PROCESSO PENAL

No que diz respeito aos delitos sexuais, torna-se evidente ao longo da persecução criminal – que ainda coloca a vítima como neutra – amigração destado centro para a "periferia" do conflito.

No Brasil, por exemplo, por se tratar de ação penal pública condicionada à representação,[1] à vítima é facultado levar ou não ao conhecimento da autori-

1. Quando o ofendido for maior de dezoito anos. Quando se tratar de vítima menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, a ação penal pública é incondicionada, conforme dispõe o art. 225 do Código Penal: "Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Parágrafo único: Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável".

dade policial e do poder Judiciário a agressão sexual que sofrera,[2] prestigiando, assim, o seu interesse particular em detrimento do interesse público de acusar e de punir. As justificativas para a necessidade da representação do ofendido são a proteção de sua privacidade e da intimidade familiar.[3] Diversas, também, são as razões que o ofendido sopesa para tornar um problema que, inicialmente, é privado em público e, mais ainda, de resolução penal. Redimensionar o problema social para a esfera penal pode não ser o melhor meio de responder a ele, pois é possível originar um efeito inverso e perverso, desencadeando mais violência em relação às partes envolvidas.[4]

O delito sexual é um problema eminentemente privado vez que a violênciacontra a autodeterminação sexual, principalmente o estupro e o assédio sexual, ocorre preponderantemente em situações nas quais o agressor e a vítima se conhecem anteriormente ao fato, mantendo um vínculo de intimidade e/ou de domínio de um sobre o outro. Trata-se, também, de violência praticada em

2. O que contribui para a cifra obscura da criminalidade sexual e a seletividade do sistema penal, mesmo quando se tratar de vítima menor de 18 anos. Nestes casos, ainda constitui faculdade da vítima ou de seu representante legal levar ao conhecimento das agências de controle social formal a violação sexual. Sobre a cifra obscura da criminalidade sexual vide: CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal:* orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 86-90, 98-103; VARGAS, Joana Domingues. Familiares ou desconhecidos? A relação entre os protagonistas do estupro no fluxo do Sistema de Justiça Criminal. *Revista Brasileira de Ciências Sociais.* v. 14, n. 40, jun., 1999, p. 65; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Ed. RT, n. 48, mai.-jun., 2004, p. 287; SABADELL, Ana Lucia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Ed. RT, v. 840, ano 94, out., 2005, p. 436; CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. *Estupro no Brasil:* uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Nota técnica n. 11, Brasília: IPEA, 2014, p. 6-7. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf]. Acesso em: 31.03.2014.

3. SABADELL, Ana Lucia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Ed. RT, n. 27, ano 7, jul.-set., 1999, p. 84; JORGE, Alline Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 84.

4. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima.* Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 85-86.

lugares públicos, por desconhecidos, mas, sobretudo, nas relações de parentesco, familiar, profissional e de conhecimento em geral.[5]

A análise de 50 processos de estupros cometidos em diversas regiões brasileiras concluiu que em 70% dos casos os envolvidos se conheciam anteriormente.[6] Dos 12.087 casos de estupro notificados no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), do Ministério da Saúde, em 2011, mais de 65% das agressões ocorreram dentro da residênciada vítima ou do algoz quando o agressor é conhecido da vítima, independente da idade desta.[7]

Estudos regionais, por sua vez, também confirmam a predominância da violência sexual entre pessoas que se conhecem, no âmbito privado e familiar. No Distrito Federal, entre os meses de novembro de 2012 e agosto de 2013, o número mensal de casos de estupro levados ao conhecimento das instâncias de controle formal variou de 70 a 99, dentre os quais mais de 60% foram cometidos dentro da residência da vítima ou do algoz e em mais de 75% dos casos os autores tinham algum vínculo com as vítimas.[8] No Rio de Janeiro, dos 6.029 relatos de estupro que chegaram ao conhecimento das instâncias de controle

5. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., p. 285; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*. Op. cit., p. 95 e 113; BODELÓN, Encarna. Relaciones peligrosas: género y derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. RT, n. 29, ano 8, jan.-mar., 2000, p. 242; CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. Op. cit., p. 9.

6. PIMENTEL, apud VARGAS, Joana Domingues. Op. cit., p. 64. Para análise de campo da relação entre agressor e vítima no fluxo do sistema criminal em Campinas, entre os anos de 1988 e 1992, vide VARGAS, 1999, p. 69-77.

7. CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. Op. cit., p. 12.

8. Novembro/2012: dos 70 casos, 74,3% foram cometidos na residência e 77,1% vítima e agressor tinham algum vínculo; Dezembro/2012: dos 78 casos, 71,8% foram cometidos na residência e 79,5% vítima e agressor tinham algum vínculo; Janeiro/2013: dos 71 casos, 77,5% foram cometidos na residência e 80,3% vítima e agressor tinham algum vínculo; Fevereiro/2013: dos 76 casos, 80,3% foram cometidos na residência e 85,5% vítima e agressor tinham algum vínculo; Março/2013: dos 79 casos, 73,9% foram cometidos na residência e 84,1% vítima e agressor tinham algum vínculo; Abril/2013: dos 89 casos, 77,5% foram cometidos na residência e 88,8% vítima e agressor tinham algum vínculo; Maio/2013: dos 99 casos, 62,6% foram cometidos na residência e 83,8% vítima e agressor tinham algum vínculo; Junho/2013: dos 78 casos, 67,9% foram cometidos na residência e 78,2% vítima e agressor tinham algum vínculo; Julho/2013: dos 89 casos, 73% foram cometidos na residência e 76,4% vítima e agressor tinham algum vínculo; Agosto/2013: dos 81 casos, 82,7% foram cometidos na residência e 85,2% vítima e agressor tinham algum vínculo. Dados fornecidos pela

formal em 2012, em 51,1% dos casos a vítima e seu agressor mantinham alguma relação próxima (dentre eles 29,7% eram relações de parentesco), 27,3% não mantinham nenhuma relação e em 10,1% não foi informado.[9]

Não se deve ignorar, ainda, que influi nesses dados a percepção do próprio indivíduo, seja vítima ou algoz, sobre o que constitui a violência sexual, principalmente entre casais. Dados do Instituto Avon/IPSOS apontaram que das 1.800 pessoas entrevistadas nos meses de janeiro e fevereiro de 2011, na faixa etária entre 16 e mais de 50 anos, apenas 6% consideraram como violência sexual a mulher ser obrigada a fazer sexo contra a sua vontade.[10]

As pesquisas apontaram, também, que a principal vítima dos delitos sexuais é a mulher, seja esposa, filha, mãe, madrasta, funcionária etc., constituindo, portanto, além de violência intrafamiliar ou doméstica,[11] violência de gênero. O próprio estereótipo de mulher submissa ao homem é o estereótipo da vítima (sexual) no sistema penal.[12] Apesar disso, são vítimas reais da violência sexual

---

Secretaria de Estado de Segurança Pública do DF. Disponível em: [www.ssp.df.gov.br/estatisticas/especificas.html]. Acesso em: 31.01.2014.

9. TEIXEIRA, Paulo Augusto Souza; PINTO, Andréia Soares; MORAES, Orlinda Claudia R. (Org.). Dossiê Mulher 2013/Instituto de Segurança Pública. Rio de Janeiro: Riosegurança, 2013, p. 50-51. Disponível em: [http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/DossieMulher2013.pdf]. Acesso em: 31.01.2014.

10. INSTITUTO AVON/IPSOS. Percepções Sobre a Violência Doméstica Contra a Mulher no Brasil. 2011, p. 8. Disponível em: [www.institutoavon.org.br/wp-content/themes/institutoavon/pdf/iavon_0109_pesq_portuga_vd2010_03_vl_bx.pdf]. Acesso em: 14.05.2014.

11. As mulheres continuam sendo as maiores vítimas dos crimes de estupro (82,8%) e tentativa de estupro (94,9%) no Rio de Janeiro, conforme informações do Dossiê Mulher 2013 (TEIXEIRA, Paulo Augusto Souza; PINTO, Andréia Soares; MORAES, Orlinda Claudia R. Op. cit., p. 38 e 46). O estudo concluiu que grande parte desses delitos ocorreu no espaço doméstico e/ou no âmbito de relações familiares (p. 57). Neste sentido, ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 152; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., p. 279; TELES, Maria Amélia de Almeida. O protagonismo das vítimas de violência doméstica e familiar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, n. 86, ano 18, set.-out., 2010, p. 384; CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. Op. cit., p. 6 -7.

12. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Op. cit., p. 144; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., p. 276.

a criança, o adolescente[13] e o próprio homem, nas relações intrafamiliares, por se tratar de violência patriarcale controladora.

Sabendo que a única sanção ao agressor, pela justiça criminal tradicional, será a pena privativa de liberdade, algumas vítimas deixam de representar contra o algoz, pois não desejam a prisão do mesmo ou sabem que o seu afastamento por determinado período resolverá apenas paliativamente o problema. Quando ele retornar ao meio familiar, muito provável que sofrerá uma nova agressão, ainda pior. Outro fator decisivo para o ofendido é se ele está disposto a vivenciar novamente a situação da violência sexual sofrida, relatando o ocorrido a terceiros (policiais, juízes, promotores), o que pode ensejar constrangimentos e seu próprio julgamento moral, em evidente inversão de papéis entre o agressor e a vítima.[14] Também há casos em que a vítima apenas quer que a polícia interfira para que o agressor não a violente, restaurando a paz social e intimidando-o para não mais praticar algum ato contra si, tornando público o ato perpetrado, porém sem desejar a efetiva repressão penal.[15] Neste ponto, o ofendido continua como sujeito central na relação conflitiva, dependendo de sua exclusiva vontade a persecução penal da prática delitiva.

Além das circunstâncias concernentes à vontade da vítima de levar o algoz à justiça criminal, outras relacionadas às agências estatais (Polícia e Ministério Público) contribuem para a seletividade dos casos que serão submetidos ao Poder Judiciário, como a identificação do agressor, a morosidade da investigação ea coleta de indícios que apontem para a materialidade e a autoria delitiva.[16] Vargas destaca que:

13. Estatísticas alarmantes foram apresentadas pelo IPEA, nas quais 70,1% dos estupros levados ao conhecimento das instâncias de controle formal, em 2011, vitimizaram crianças e adolescentes. CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. Op. cit., p. 7-8.

14. CÂMARA, Guilherme Costa. Op. cit., p. 87.
No mesmo sentido, a pesquisa do Instituto Avon apontou que dos 1.800 entrevistados, 54% não confia na proteção jurídica e policial nos casos de violência doméstica associando, a maioria, ao fato de juízes e policiais desqualificar o problema ao não acreditar na seriedade da denúncia ou ter pensamentos machistas, de concordância com o agressor. Destes 54%, 59% são mulheres. INSTITUTO AVON/IPSOS. Op. cit., p. 24-25.

15. CÂMARA, Guilherme Costa. Op. cit., p. 93. Vide também ANDRADE, s/d, apud OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal:* uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 104.

16. VARGAS, Joana Domingues. Op. cit., p. 72 e 75.

> (...) a relação existente entre agressor e vítima condiciona, de diferentes maneiras, a instauração ou não do inquérito policial. Como vimos, quando o autor é desconhecido, verifica-se um alto índice de desistência da vítima em acionar a justiça, em boa medida devido à não identificação do suspeito pela polícia. Já quando o agressor é conhecido, o alto índice se explica pelas relações preestabelecidas. A denúncia significa a quebra de tais relações, e quando cabe à vítima ou aos seus familiares decidirem sobre mantê-la, muitas vezes eles optam pela retirada da queixa. Por outro lado, relações preestabelecidas diminuem a validade da acusação (Boltanski, 1990), e o ceticismo decorrente deste fato acaba por desestimular a vítima de prosseguir com a queixa.[17]

Não se olvide, também, a própria escolha pelos agentes de controle social de quais pessoas serão acusadas de acordo com a classe social, o gênero, a cor e a etnia a que pertençam, baseado em preconceitos e estereótipos de *criminoso*.[18] Trata-se de seleção social daqueles que serão submetidos ao sistema de justiça criminal, em escandaloso desrespeito ao princípio da igualdade durante o processo de criminalização secundária.[19]

Após todos estes filtros, os processos que serão formalmente denunciados passam a ser de titularidade do Ministério Público (no lugar da vítima). Esta se desloca automaticamente à margem da relação processual, perdendo a qualidade de sujeito ativo na composição da sanção e constituindo mero meio de prova (objeto de investigação criminal) para a condenação ou absolvição do acusado.

2.1. Patriarcalismo jurídico e violência institucional

A diferença dos gêneros masculino e feminino, constituída em uma estrutura linguística dicotômica (pares que se opõem entre si, mútuo excludentes)

17. Idem, p. 74.

18. SABADELL, Ana Lucia. Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 152. Vide também: PAVARINI, Massimo. Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe, 2012, p. 148; CÂMARA, Guilherme Costa. Op. cit., p. 82.

19. Evidencia, portanto, a natureza classista do Direito Penal, que apresenta publicamente um discurso de Direito igual e uma prática de reprodução da desigualdade social. Neste sentido, vide: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 164-165.

e de valorização do gênero masculino em detrimento do feminino (androcentrismo/patriarcalismo), corresponde ao modo predominante de percepção e interpretaçãoda realidade social nas sociedades modernas. Esta diferença é fundamentada na diferença biológica dos sexos, o que contribui para a naturalização desta oposição e da dominação do masculino sobre o feminino, mesmo que estassejam, elas mesmas, construções sociais.[20]

A visão androcêntrica é apontada como justificadora das desigualdades entre os gêneros nas mais diversas áreas sociais. A relação da mulher com o sexo oposto é vista como de submissão, refletida na divisão sexual do trabalho na qual os homens detêm o monopólio das atividades públicas, oficiais, de representação, que envolvam discussões, enquanto a mesma é reduzida aos afazeres do âmbito privado, de cuidado e educação dos filhos.[21] Este é o eixo principal da dominação patriarcal e que constitui um tipo de poder.

O direito e o sistema de justiça criminal, por sua vez, reforçam e reproduzem a visão androcêntrica, dualista e desigual dos gêneros na sociedade na qual está inserido,[22] sob um discurso aparente de neutralidade e igualdade de

20. BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. Trad. Maria Helena Küher. 11. ed. Rio de Janeiro: Berthand Brasil, 2012, p. 20-33; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., p. 275; SABADELL, Ana Lucia. Manual de. *Sociologia Jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. Op. cit., p. 223.

21. BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 60; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Op. cit., p. 141; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., p. 274; SABADELL, Ana Lucia. Manual de. *Sociologia Jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. Op. cit., p. 223-224; FACIO, apud MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista*: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.
Dados do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), do IPEA, de 2013, evidenciam que, dos 3.810 entrevistados, 63,8% afirmaram concordar, total ou parcialmente, com a ideia de que "os homens devem ser a cabeça do lar", permanecendo a família patriarcal como o modelo desejável de núcleo familiar, mesmo o número de famílias chefiadas por mulheres crescer a cada ano, chegando a 38,1% em 2012. Ainda, 59,5% dos entrevistados concordam, parcial ou totalmente, que "uma mulher só se sente realizada quando tem filhos", fazendo uma associação entre o feminino e a maternidade. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf]. Acesso em: 31.03.2014.

22. Denominado de *patriarcalismo jurídico* (SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. Op. cit. p. 220-222). Com este conceito, a autora estuda a forma de atuação da cultura patriarcal dentro do sistema

aplicação e interpretação da lei. Assim, quando um delito sexual é submetido ao sistema de justiça criminal, os elementos típicos que conferem sentido ao caso são reconstituídos, sendo colocados em suspeição o agressor e, principalmente, a vítima.[23] Durante a persecução penal procuram-se elementos que apontem para a correspondência do ofensor e do ofendido aos estereótipos de estuprador e vítima, especialmente no que concerne a seus comportamentos pessoais. Não se busca, portanto, reconhecer a violência e a violação contra a liberdade sexual da vítima ou a responsabilização pelo ato praticado pelo agressor. O sistema penal transfere o foco do ato cometido pelo agressor – da violência em si – para a relação íntima e comportamental entre este e vítima, em franca oposição, para decidir.[24]

No desenrolar do processo, os agentes institucionais, que condicionam o processo decisório a metarregras e valores patriarcais,[25] colocam em debate o valor e

---

jurídico, indo além de apenas ressaltar ou constatar esta desigualdade de gênero. O estudo detalha a forma específica como essa violência de gênero se produz dentro do sistema jurídico e, para tanto, utiliza julgados relativos ao delito de estupro ou delitos que envolvam questões de gênero, os quais evidenciam a descaracterização da infância, bem como do estupro (Idem, p. 227/234). Acaba, portanto, por ser um elemento determinante e, ao mesmo tempo, determinado da realidade social (Idem, p. 88). Em sentido similar, BODELÓN, Encarna. Op. cit., p. 240; MENDES, Soraia da Rosa. Op. cit., p. 88.

23. VARGAS, Joana Domingues. Op. cit., p. 74.

24. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Op. cit., p. 147-148; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal*: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., 2004, p. 280-281; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*. Op. cit., p. 95.
Esta lógica corresponde, como afirmado anteriormente, à estrutura de pensamento da própria sociedade na qual o sistema de justiça criminal está inserido, de ideologia patriarcal. No Brasil, por exemplo, dados apresentados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), através do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) na pesquisa "Tolerância social à violência contra a mulher", apontaram que 58,5% dos entrevistados concordaram, total ou parcialmente, que "se as mulheres soubessem se comportar haveria menos estupros"; 26% concordaram, parcial ou totalmente, que "mulheres que usam roupas que mostram o corpo merecem ser atacadas". A pesquisa foi realizada com 3.810 cidadãos, em 212 municípios, abrangendo todas as unidades da federação, nos meses de maio e junho de 2013. Grande parte dos entrevistados atribui, portanto, a responsabilidade pela violação sexual ao comportamento da vítima, se esta "provocou" a agressão, e não a do agressor. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf]. Acesso em: 31.03.2014.

25. "As oposições inscritas na estrutura social dos campos servem de suporte a estruturas cognitivas, taxinomias práticas, muitas vezes registradas em sistemas de adjetivos,

a credibilidade da narrativa fática da vítima. Em razão de o delito sexual ocorrer, muitas vezes, às escondidas, dentro do ambiente privado e sem a presença de testemunhas, a palavra do ofendido adquire especial relevância e se exige que seja corroborada por outros elementos probatórios juntados aos autos. Tais elementos nada mais são os de ordem subjetiva, como a vida pregressa da vítima e seu comportamento sexual, quando se tratar de ofendido adulto, e, quando criança, seu comportamento social, de fantasiar e/ou mentir sobre outras situações.[26]

Ao analisar o testemunho da vítima para a sua "validade", os policiais, juízes e promotores provocam um processo de vitimização secundária,[27] no qual a vítima não só revive os sentimentos decorrentes da violação sexual sofrida, como também passa a ser julgada moralmente, em virtude da sua reputação sexual, em uma *lógica da honestidade*[28], especialmente quando se tratar de vítima mulher. A palavra da vítima é sopesada negativamente no processo e perde relevância quando seu comportamento sexual não corresponde ao padrão sexual patriarcal, de *mulher honesta*,[29] ou seja, quando se supõe não ter determinadas atitudes ou características típicas de uma vítima ingênua da agressão sexual.

---

que permitem produzir julgamentos éticos, estéticos, cognitivos". BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 124.

26. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal*: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit. p. 282-283.
Neste sentido, Greco faz alusão à chamada síndrome da mulher de Potifar (encontrada na Bíblia no capítulo 39, versículos 6 a 20) para justificar a avaliação, pelo julgador, da credibilidade da vítima a fim de apurar se os fatos por ela relatados são verdadeiros ou não. GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio:* uma visão minimalista do Direito Penal. 6. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 53-55.

27. Sobre o significado de vitimização secundária, vide OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Op. cit., p. 112-113.

28. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima.* Códigos da violência na era da globalização. Op. cit., p. 97

29. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal*: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., p. 283; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima.* Códigos da violência na era da globalização. Op. cit., p. 97.
O julgado datado de 1995, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, expressa este pensamento: Ementa: Estupro. Prova da relação íntima. Palavra da vítima, mulher sem recato. Materialidade inconfigurada "*quantum satis*". Perícia que acusa simples arranhaduras. Absolvição decretada em primeiro grau. Apelo improvido. Se o réu é acusado de estupro, porém este não resta configurado, porque sustentado apenas na palavra da vítima, mulher desregrada, que acabara de manter relações sexuais com outro homem, no mesmo recinto, impõe-se a confirmação da decisão que o absolveu

A valoração subjetiva de seu comportamento expõe o controle da sexualidade da mulher no discurso jurídico, regrando-o com parâmetros patriarcais que definam se houve efetivo desrespeito à liberdade sexual da vítima ou se, pelo contrário, esta foi provocadora da sua própria vitimização.

Por esta lógica, o sistema penal expressa e reproduz, baseado na moral sexual, a classificação (discriminatória e sexista) de mulheres tidas por honestas, as quais merecem o respeito e a tutela penal de seu direito violado, das demais, que não se adéquam ao padrão comportamental e sexual estabelecido pelo androcentrismo, e não têm seus direitos tutelados.[30] Um estudo empírico centrado na análise de decisões judiciais demonstrou estas subjetividades do julgador: em quinze sentenças prolatadas por juízes da Comarca de Maceió/AL houve uma valoração diferenciada na credibilidade do depoimento do ofendido, por parte dos magistrados, quando se estava diante de uma vítima tida por "honesta" ou de uma com "comportamento mais liberal".[31]

Nos casos que envolviam estupro de vulnerável (com vítima menor de quatorze anos), antes da reforma dos tipos penais contra a liberdade sexual perpetrada pela Lei 12.015/2009, relativizava-se a presunção de violência e vulnerabilidade de acordo com a conduta sexual da vítima, o que permitia a absolvição do acusado.[32]

---

por insuficiência probatória. (Segunda Câmara Criminal. Apelação Crime 0035777-5. Relator: Fleury Fernandes. Julgamento: 09.03.1995).

30. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima.* Códigos da violência na era da globalização. Op. cit., p. 103; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal:* o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., p. 280. Em sentido similar, TELES, Maria Amélia de Almeida. Op. cit., p. 387.
O reflexo social, e não apenas jurídico, desta representação dual de mulher é evidenciado na concordância, total ou parcial, de 54,9% dos entrevistados pelo Ipea em relação à frase "tem mulher que é pra casar, tem mulher que é pra cama", ao passo que 35,3% discordaram, parcial ou totalmente, da referida afirmação. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf]. Acesso em: 31.03.2014.

31. BARROS, Lívya Ramos Sales Mendes de; JORGE-BIROL, Alline Pedra. *Crime de estupro e sua vítima*: a discriminação da mulher na aplicação da pena. s/d. Disponível em: [www.mulherecidadania.al.gov.br/cavcrime/artigos/Crime%20de%20Estupro%20e%20Sua%20Vitima%20-%20A%20Discricao%20da%20Mulher%20na%20Aplicacao%20da%20Pena.pdf]. Acesso em: 10.03.2014.

32. Vide SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. Op. cit., p. 227-233.

Não se ignora a existência de decisões que não mais discriminam a vítima por sua moral sexual, afastando, o magistrado, estas teses defensivas que almejam o descrédito da versão dos fatos apresentada por aquela, teses estas ainda utilizadas. Todavia, são decisões minoritárias, decorrentes da – ainda incipiente – cultura igualitária de gênero e de proteção à autodeterminação sexual do indivíduoao invés dos costumes, decorrente, principalmente, dos movimentos feministas desde a segunda metade do século XX.[33-34]

Consultem-se algumas ementas de julgados dos tribunais de justiça brasileiros:
Penal. Processo Penal. Apelação Criminal. Estupro com violência presumida. Ausência de provas da ocorrência do crime. Absolvição. Vítima que afirma a inexistência de violência real. Tese acusatória não comprovada. Menor com vida sexual ativa. Caráter relativo da presunção de violência. Recurso provido. Nos dias atuais, o crime de estupro, com violência presumida, deverá ser analisado em conformidade com a conduta e o comportamento da menor. Caso inexista violência real e a vítima possua vida sexual ativa, bem como, demonstra capacidade de se autodeterminar sexualmente, não há que se falar em condenação, tendo em vista o caráter relativo da presunção de violência. Recurso provido. (Tribunal de Justiça do Maranhão – Segunda Câmara Criminal – Apelação Crime 234782008 Relator: José Bernardo Silva Rodrigues. Julgamento: 19.02.2009).
[...] A presunção da violência não é absoluta, mas só cede quando comprovado que a vítima levava vida dissoluta, desregrada, sendo experiente e afeita aos misteres do sexo, o que não é o caso dos autos. Embargos rejeitados. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarto Grupo de Câmaras Criminais. Embargos Infringentes 70008929713. Relator: Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite. Julgamento: 27.08.2004).
Penal – Estupro – Violência Presumida – Relevância do comportamento moral da vítima [...] 1) Nos crimes de estupro, presume-se a violência, quando a vítima não tem experiência em matéria sexual e nem é despudorada e sem moral. 3) Embargos improvidos. (Tribunal de Justiça do Amapá. Relator: Desembargador Carmo Antônio. Julgamento: 07.06.1994).

33. Ementa: Penal e Processual – Estupro tentado – Palavra firme e coerente da vítima corroborada por testemunhas, bem como indícios e circunstâncias – Prova Suficiente – Condenação Mantida – Dosimetria – Pena aplicada no mínimo legal – Inviabilidade de redução – Crime hediondo – Regime fechado – Princípio da individualização – Honorários da defensora dativa fixados no primeiro grau – Recurso provido parcialmente. Nos crimes contra os costumes, geralmente praticados na clandestinidade, as declarações da ofendida, firmes e coerentes, aliadas à palavra de testemunha, bastam à certeza moral do decreto condenatório. É suficiente para configuração do estupro que a vítima seja obrigada a relação sexual com o agente, mediante violência ou grave ameaça, pouco importando sua anterior conduta moral. Honesta, devassa, prostituta, tem a mulher direito a integridade do corpo, não se admitindo qualquer atentado à sua liberdade sexual. Hipótese de jovem estudante, vítima de tentativa de estupro, para qual nada contribuiu. [...] (Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Primeira

Também remanesce o pensamento patriarcal de que a violência sexual resta caracterizada apenas quando a vítima exprime forte resistência contra o ato, demonstrada através de gritos, lesões em seu corpo e/ou efetiva luta contra as investidas sexuais.[35] O levantamento do IPEA[36] apontou que, independente de o agressor ser conhecido ou não da vítima, estão presentes na agressão a ameaça e o uso de força corporal/espancamento, aumentando estas com a faixa etária da vítima. A prevalência do uso de objetos contundentes, pérfuro cortantes ou armas de fogo também aumenta com a faixa etária e é sempre maior quando o perpetrador é desconhecido. Todavia, equivocadamente, não se considera que a vítima não reage ferozmente ao ato sexual forçado, para além do seu

---

Câmara Criminal – Ação Penal 2006.044600-8. Relator: Amaral e Silva. Julgamento: 30.01.2007).

EMENTA: Penal e Processual Penal. Crime de estupro qualificado (art. 213, § 1.º, do CPB). Insuficiência de provas para a condenação. Descrédito nas declarações da ofendida em razão de seu comportamento sexual. Irrelevância. Plenitude da liberdade sexual penalmente tutelada. Coerência no relato da vítima, confirmada por outras provas orais. Apelo conhecido e improvido. 1. Eventual suposto comportamento sexual desregrado da ofendida, por si só, não tem o condão de retirar a credibilidade de suas declarações. 2. É inidôneo o argumento que pretende fixar níveis distintos de proteção penal, reduzindo-a na medida do comportamento sexual do indivíduo, estabelecendo classes distintas de tutela, como se uma pessoa sexualmente recatada merecesse toda proteção do Estado-juiz, enquanto que a prostituta, por outro lado, pudesse ser sistematicamente violentada, porquanto evidentemente inadmissível num Estado Democrático de Direito. 3. Nos crimes contra a liberdade sexual, praticados, geralmente, em circunstâncias furtivas, a palavra da vítima ganha especial relevância como vetor probante, desde que harmonizada com os demais elementos de prova coligidos nos autos. 4. Apelo conhecido e improvido. Pena redimensionada, de ofício. (Tribunal de Justiça do Maranhão – Apelação Crime 1249402013. Relator: José Luiz Oliveira de Almeida. Julgamento: 15.02.2013).

34. Dados do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), do IPEA, também apontaram para a maior discordância, parcial ou totalmente, dos entrevistados em relação à frase "a mulher casada deve satisfazer o marido na cama, mesmo quando não tem vontade". O índice de discordância chegou a 65,3%, enquanto o índice de concordância, parcial ou total, foi de 27,2%. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf]. Acesso em: 31.03.2014.

35. Nos Estados Unidos, este foi o argumento utilizado pelo juiz Derek Johnson para abrandar a pena do réu, decisão que ensejou que aquele fosse advertido pela Comissão de Desempenho Judicial da Califórnia. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-dez-14/juiz-americano-advertido-julgar-comportamento-vitima-estupro]. Acesso em: 10.03.2014.

36. CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. Op. cit., p. 11.

não consentimento, para evitar que sofra uma violência maior, seja morta ou, nos casos em que há um relacionamento entre algoz e vítima, evitar que sejam rompidos os laços afetivos ou, ainda, para que outros familiares, principalmente os filhos, não ouçam a violência praticada dentro do lar.[37]

37. SABADELL, Ana Lucia A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. Op. cit., p. 90-91.
Exemplifica-se este pensamento pelo Acórdão 464956, da Ação Penal 9595-20.2006.807.0009, da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, julgado em 18 de novembro de 2010, que confrontou as palavras da vítima e do réu. Ementa: Penal e processual penal. Apelação criminal. Tentativa de estupro ocorrida em quarto de motel. Palavra da vítima e do réu. Ausência de prova de violência ou grave ameaça. 1. Tem-se como consagrado o entendimento segundo o qual a palavra da vítima assume relevante importância em delitos cometidos às escondidas, longe das vistas de testemunhas e desde que em harmonia com os demais elementos de prova, autorizam a imposição de decreto condenatório. 2. Contudo, no caso ora em exame a palavra da vítima e as demais provas produzidas não ensejam o decreto condenatório. 2.1 A palavra do acusado, na hipótese destes autos, tem o seu peso e se é certo que nem tudo que falou seja verdade menos exato que não inventou uma estória fantasiosa a ponto de desafiar a inteligência de um homem médio. 3. *In casu*, é verdade, não se pode descartar a hipótese do apelante haver insistido em manter relações sexuais com a suposta vítima sem o consentimento desta. 3.1 Entretanto, não se pode afirmar de forma estreme de dúvidas tenha o apelante agido mediante violência ou grave ameaça, exigindo o tipo penal que "a resistência seja inequívoca, demonstrando a vontade de evitar o desejado pelo agente, que será quebrado pelo emprego da violência física ou moral. não bastam, pois, as negativas tímidas (quando os gestos são de assentimento) nem a resistência passiva e inerte". (..) A expressão "violência" indica a denatureza física (força bruta) «(..), enquanto a grave ameaça» deve ser séria e realizável, capaz de produzir na vítima o temor que a leve a ceder»(in Código Penal Anotado, Damásio de Jesus, 2002, 12ª edição, p.723/4). 3.2 Diante das circunstâncias em que os fatos ocorreram não se pode afirmar que a resistência da suposta vítima em ceder ao ato sexual foi precedida de violência ou de grave ameaça. 3.2.1 Réu e vítima já se conheciam, foram ao motel, trocaram carícias, o réu, certamente, contava em manter relações sexuais com a vítima, que resistiu, porém, não há prova do réu ter agido mediante violência ou grave ameaça à suposta ausência de consentimento. 4. Não se pode através de meras suposições impor decreto condenatório, o qual deve estar fundamentado em prova sólida e consistente. 4.1 É dizer ainda: «se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição» (in Código De Processo Penal Comentado, Guilherme De Souza Nucci, 8ª edição, 2008). 4.2 Ou também: "O Direito Penal não opera em conjecturas; sem a certeza total da autoria e da culpabilidade não pode o juiz criminal proferir condenação". 5. Sentença reformada para o fim de se absolver o réu por ausência de prova suficiente para a condenação.

O julgamento e a vitimização secundária da vítima evidenciam, portanto, a violência institucional que ela sofre (muitas vezes sendo maior que a violência real sofrida), em evidente inversão de papéis e do ônus da prova. Ou seja, quando o ofendido provoca as instituições responsáveis pelo controle social formal requerendo uma reação à conduta criminosa, acaba por se ver também "julgado", pela visão masculina da lei e da justiça, devendo provar que se trata de uma vítima real e não simulada.[38] A iminência de sofrer esta nova – e mais cruel – vitimização muitas vezes é fator decisivo para a vítima dar prosseguimento ou não à persecução penal de seu agressor, como já referido.

Constata-se, assim, que a única preocupação com a vítima no processo penal é a qualidade da prova que está por vir a produzir,[39] evidenciando seu papel marginal e não mais central no conflito, com a perda da qualidade de sujeito.

Não só estes problemas relacionados ao papel da vítima que o sistema penal enseja severas críticas. Outra questão, de igual relevância, é a eficácia do sistema de justiça criminal para a resolução do conflito sexual.

2.2. Ineficácia do sistema penal na resolução do conflito

Além do sofrimento impingido à vítima em virtude da violência institucional sofrida, constata-se que o sistema penal é totalmente ineficaz, como política criminal, para a resolução do conflito sexual, o qual demanda um tratamento mais abrangente do que apenas o jurídico.

A criminologia crítica traz à tona a ineficácia da prisão e do sistema de justiça criminalem cumprir sua função declarada, de proteção igualitária de bens jurídicos socialmente relevantes através do combate à criminalidade, com o auxílio da pena privativa de liberdade, o que acaba por deslegitimar o próprio sistema.[40] Tal finalidade não se realiza, vez que a função real do sistema é a construção seletiva e estigmatizante da criminalidade e da criminalização a

38. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal*: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., p. 283. No mesmo sentido, ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima.* Códigos da violência na era da globalização. Op. cit., p. 99.

39. CÂMARA, Guilherme Costa. Op. cit., p. 85.

40. Sobre os argumentos que evidenciam a deslegitimação do sistema penal, vide ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção da política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista. In: MAYA, André Machado; FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). Ciências Penais. Perspectivas e tendências da contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 367-369.

fim de manter a ordem desigual social e econômica vigente[41] através do uso da pena privativa de liberdade – com suas funções declaradas de retribuição e prevenção – que, em verdade, não previne o crime, tampouco ressocializa o infrator, mas sim reduz suas chances de um futuro comportamento legal e ascensão social, provocando a sua desintegração social.

É o que se denomina *omito do direito penal como direito igual*:[42] o direito penal não tutela igualitariamente os bens dos cidadãos, que são de interesse geral da comunidade, e quando penaliza as ofensas aos mesmos, o faz com intensidade desigual; além disso, a aplicação da lei penal não é igual a todos, já que todos os cidadãos são potenciais infratores e vítimas, porém o sistema formal distribui a persecução das infrações de maneira desigual, de acordo com a posição (relevância) econômica e social do autor do delito – quanto mais relevante, menos chances de se submeter a sanções estigmatizantes[43] –, inviabilizando a prevenção de novos crimes já que apenas alguns são perseguidos para, ao final, atribuir o castigo, ao passo que outros ficam imunes à resposta penal.[44] Em relação aos delitos sexuais, não se foge dessa regra: todos os indivíduos são potenciais autores e vítimas, porém o processo de criminalização no sistema

41. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal*: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., p. 269. Sobre as funções declaradas e reais do sistema jurídico penal, vide SANTOS, 2012, p. 5-8; BARATTA, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:* introdução à sociologia do direito penal, passim.

42. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, n. 23, jul.-dez., 1976, p. 10; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:* introdução à sociologia do direito penal. Op. cit., p. 162.

43. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. Op. cit., p. 11; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Op. cit., p. 165; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal* – parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 13; WACQUANT, 2007, p. 460.

44. Além de manter a desigualdade social entre as classes, o sistema penal, da maneira como é constituído, perseguindo preponderantemente determinados tipos de delito e considerando a origem social do infrator, torna invisível outros tipos de delitos, mais comumente praticados por cidadãos das classes dominantes (BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. Op. cit., p. 12; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Op. cit., p. 166). O processo de criminalização, portanto, é dirigido, principalmente, para crimes tipicamente praticados pelas classes menos abastadas ou subalternas.

penal é orientado pela seleção desigual de pessoas, de acordo com estereótipos de criminoso e vítima legítima segundo o senso comum.[45]

Além disso, o *jus puniendi* estatal, por deixar o ofendido à margem da relação social, sem voz para o diálogo, e colocá-lo em uma posição adversarial com o autor, inviabiliza a resolução real do conflito.[46] Some-se a isso o fato de a justiça tradicional se preocupar tão somente com o ato ilícito em si cometido, olvidando-se o contexto ao qual o conflito social foi gerado. No caso do delito sexual, o conflito abrange não só o ato sexual, mas o contexto social que (re) produz esta violência, qual seja, a relação de gênero, familiar, dominatória etc., problemas que devem ser levados em consideração no processo penal e não somente seu sintoma violento.[47]

Trata-se, destarte, da incapacidade do sistema jurídico de proteger a vítima (já que sofre a vitimização secundária, como uma nova forma de violência), prevenir um novo delito da mesma natureza (não são combatidas as raízes da questão, como a desigualdade de gênero e o patriarcalismo) e resolver o conflito.

Andrade e Sabadell[48] elencam as principais características que inviabilizam o sistema penal de resolver o conflito sexual e proteger os interesses do ofendido,

45. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão Op. cit., p. 138-139.

46. CÂMARA, Guilherme Costa. Op. cit., p. 46.

47. Em sentido semelhante, DIMOULIS, Dimitri. Da "política criminal" à política da igualidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 29, ano 8, jan.-mar., 2000, p. 228-229. Bodelón também ressalta esta deficiência do sistema penal, ao não analisar o contexto social ao qual a agressão sexual está inserida, mas sim apenas a conduta violenta concreta. "De esta manera el conflicto social que se encuentra bajo el problema de las agresiones sexuales se reduce a un problema de violencia interpersonal, cuando em realidad, tal como hemos visto, la cuestión de la violencia sexual ha de comprenderse desde una perspectiva más amplia. En el caso de la violación, nuevo delito de agresiones sexuales, los análisis feministas han subrayado la necesidad de comprender el fenômeno de la violación em el contexto de los roles de conducta sexual masculina" (BODELÓN, Encarna. Op. cit.,p. 242).

48. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*. Op. cit., p. 119; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., p. 264; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Op. cit., p. 131; SABADELL, Ana Lucia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. Op. cit., p. 96; SABADELL, Ana Lucia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. Op. cit., p. 449;

dentre eles: a justiça penal não é capaz de prevenir novas violências, pois a finalidade preventiva não consegue ser alcançada, remanescendo apenas a função retributiva à violação, expressada pela pena; não considera os distintos interesses das vítimas, que são as maiores interessadas na solução à violação de seu direito individual; não permite a compreensão da violência sexual e a gestão do conflito, ao polarizar a relação entre vítima e agressor; não atua como transformador das relações de gênero (para a igualdade dos mesmos), mas, ao contrário, reforça a sua distinção. Em suma: o centro da crítica à reação repressiva estatal é que o Estado não considera o que a vítima deseja ou o que pensa da punição, aplicando mecanicamente a consequência penal prevista pela lei. Não abre espaço à vítima para saber qual seria, em sua opinião, a reposta mais adequada ao mal que lhe foi causado, passando, portanto, por cima dos interesses daquele que mais sofre com a ação ilícita, que podem não ser os mesmos que os do Estado.[49]

Sob outra ótica, o agressor vê a sua condição como ser humano deteriorada quando condenado pelas instâncias criminais, vez que sofre uma negação de seus direitos constitucionais ao cumprir a pena no estabelecimento prisional (além da liberdade, lhe é tolhida a dignidade, bem como a integridade física e psíquica), iniciada com as cerimônias de degradação, humilhação e um novo tipo de socialização logo de adentra na instituição,[50] o que tende a, posteriormente, agir em desrespeito aos direitos dos outros cidadãos.[51] O controle sobre

49. JORGE, Alline Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 44. Semelhante é a argumentação de Christie, porém em relação ao sistema penal de maneira geral, em uma perspectiva abolicionista: "os conflitos fazem parte da vida, podem constituir experiências importantes desde que as partes envolvidas possam participar da solução deles. No sistema penal atual, os conflitos são decididos por pessoas estranhas e as partes originalmente envolvidas desaparecem. Aquela que é representada pelo Estado – a vítima – só tem o papel de desencadear o processo e prestar algumas informações. A vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado; não recupera o que perdeu para o infrator, pois as penas não levam em conta seus interesses, e perde ainda a oportunidade de vivenciar de forma positiva o conflito, que não é mais seu." OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Op. cit., p. 109.

50. Sobre os processos de despersonalização e "nova socialização" que o preso sofre no cárcere, vide GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 24; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Op. cit., p. 184-185; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 446.

51. DIMOULIS, Dimitri. Op. cit., p. 229. Sobre os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique e a personalidade do encarcerado, vide BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Op. cit., p. 184-186.

o preso é composto de duas fases: 1) o processo de *desaculturação*, que consiste no "distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa";[52] 2) o processo de *aculturação* ou *prisionalização*, consistente na "assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária",[53] a fim de que o preso sobreviva dentro do estabelecimento prisional, mantendo uma relação harmoniosa tanto com os agentes da instituição, quanto com os grupos sociais dos detentos, que detêm um poder informal dentro da penitenciária.

Os valores que o condenado incorpora na prisão e o modo como se relaciona com outros presos e com agentes da instituição não são os mesmos valores e comportamentos que deve ter para se relacionar com o meio social.

> Por isso, se a estada do internado é muito longa, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo exterior, o que já foi denominado *desculturamento* – isto é, *destreinamento* – que o torna temporariamente incapaz de enfrentar alguns aspectos da sua vida diária.[54]

A pena privativa de liberdade não constitui apenas sofrimento físico, mas espiritual e psicológico ao apenado. O cumprimento da pena em instituições fechadas, destarte, reforça a dicotomia entre "honestos" e "réprobos" e distancia socialmente o condenado do resto da sociedade.[55] Este sistema acaba por constituir um ciclo vicioso em que estigmatiza e rotula como criminosa uma parcela da população, geralmente menos abastada, que tende a se submeter novamente ao sistema de justiça criminal após ser reinserida na sociedade, pois é excluída/marginalizada desta, sendo compelida a praticar novos crimes. Também constitui um ciclo perverso, que sempre gerará maior insegurança e medo na sociedade uma vez que os níveis de criminalidade não diminuem, jamais podendo gerar integração social (especialmente do egresso com a sociedade) e, por conseguinte, bem estar social.

O cárcere, portanto, não emenda o infrator, tampouco o dissuade a delinquir, mas o perverte ulteriormente,[56] incitando a consolidação de carreiras criminosas. Ressalte-se que, para os crimes sexuais, que normalmente geram

52. Idem, p. 184.

53. Idem, p. 185.

54. GOFFMAN, Erving. Op. cit., p. 23.

55. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Op. cit., p. 180.

56. PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos*: criminalidade, exclusão e insegurança. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe, 2012, p. 135.

maior comoção social, o agressor, na própria prisão, sofre um processo de diferenciação em relação aos outros presos, pois estes mesmos condenam a prática do delito sexual.

A relação do agressor com a vítima, especialmente quando se conhecem anteriormente – como é o caso da maioria dos delitos sexuais –, também se transforma após aquele adquirir os rótulos de *criminoso* e *estuprador*, normalmente sendo aniquilados os laços afetivos. Há grande possibilidade de que a vítima sofra uma nova violação sexual, com o emprego de maior violência em decorrência da violência que o algoz sofreu no cárcere, justamente em razão de o delito sexual, ocorrido na relação intrafamiliar, se tratar de conduta muito comumente reiterativa,[57] expressiva mais de poder e de ira do que de satisfação sexual. O Estado, com a pena privativa de liberdade, não consegue proteger a vítima de uma retaliação do agressor quando este retorna ao meio social.[58]

Como se depreende, então, a intervenção penal provoca novos problemas sociais com a estigmatização dos sujeitos em *criminoso* e *vítima*, novas identidades sociais que influem na autoimagem, nas relações interpessoais não só deles mesmos como também com o meio social,[59] especialmente em relação ao autor do delito.

"(...) a prisão é um cadinho de violências e de humilhações diárias, um vetor de desagregação familiar, de desconfiança cívica e de alienação individual. E, para muitos detentos marginalmente implicados em atividades ilícitas, é uma escola de formação, e até mesmo de "profissionalização", na carreira do crime. Para outros, o que também não é nada positivo, o cárcere é um abismo sem fim, um inferno alucinatório que prolonga a lógica da destruição social que eles conhecem do lado de fora da prisão, acrescida, agora, da aniquilação pessoal". WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 458-459.

57. CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. Op. cit., p. 14.

58. SABADELL, Ana Lucia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. Op. cit., p. 441.

59. "A expectativa da comunidade de que o estigmatizado se comporte conforme o estigma, ou seja, que assuma o papel de criminoso praticando novos crimes fecha as supostas possibilidades de reinserção social e completa o modelo sequencial de formação de *carreiras criminosas*, realizando a chamada *self fulfilling prophecy*, em que o condenado assume as características do rótulo, concretizando a previsão de autorrealização e confirmando a teoria da *construção da personalidade* no processo de interação social". SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal* – parte geral. Op. cit., p. 446-447. Neste sentido, vide também BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Op. cit., p. 179;

O discurso oficial, legitimador do uso da prisão como melhor política de punição, defende que exercendo o controle sobre o preso, este ao ser reeducado pode ser reinserido na sociedade de maneira que não mais pratique crimes, o que pode gerar uma maior segurança e integração entre os membros da sociedade, gerando, consequentemente, maior bem estar social. A prisão estaria, então, cumprindo seu papel na prevenção de novos crimes.

Ocorre que este controle exercido sobre o preso, dentro do estabelecimento prisional, na prática se apresenta como perverso, pois não é capaz de gerar maior segurança e bem estar social, mas, pelo contrário, gera uma maior insegurança e temor na sociedade – e nas vítimas – quando o preso termina de cumprir sua pena e é reinserido no meio social.

Portanto, o sistema penal frustra toda e qualquer expectativa de pacificação social, potencializando o conflito ao invés de solucioná-lo. Sua estruturação condiciona a violação de direitos tanto do infrator quanto da vítima. E, por todas estas características, evidencia-se a eficácia invertida do sistema criminal, que jamais conseguirá prevenir crimes, inclusive o sexual, ou controlar a criminalidade, mas, ao contrário, a produz e mantém os níveis de criminalidade que convêm ao sistema econômico de uma sociedade (selecionando de quais camadas sociais serão retirados os sujeitos que se submeterão ao sistema).

Neste cenário, surge a necessidade de encontrar uma resposta ao delito sexual que seja menos violenta e que consiga atingir o núcleo central do problema, sendo efetivamente capaz de prevenir novas violações à autodeterminação sexual do ofendido, considerando os múltiplos condicionantes, mais comumente evidenciados, do ato ilícito (questões de gênero, poder, dominação e patriarcado).

Wacquant ressalta que:

> Na frente de *políticas e das práticas judiciárias*, convém colocar obstáculos à multiplicação de mecanismos que tendem a "ampliar" a rede penal e propor, sempre que possível, uma alternativa econômica, social, de saúde ou educacional, demonstrando como cada um delas ajuda, em seu âmbito próprio, a tratar o problema pela raiz, ao passo que a contenção punitiva muitas vezes só faz agravá-lo, sobretudo porque, ao tornar as suas causas invisíveis, facilita a sua germinação.[60]

CÂMARA, Guilherme Costa. Op. cit., p. 83; BODELÓN, Encarna. Op. cit., p. 244; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 443.

60. WACQUANT, Loïc. Op. cit., p. 468.

O problema privado, como se buscou expor, não enseja, necessariamente, uma solução penal, pois esta nada mais é do que a tentativa de controlar um tipo violência (doméstica, patriarcal, sexual) com outra violência (institucional) tão ou mais violenta quanto inútil. É inegável que o crime ocasiona um prejuízo social que deve ser sanado, contudo a reação penal substitui este prejuízo por outro, agora relacionado ao algoz, ao invés de focalizar na reparação do prejuízo social inicial.

3. O RESGATE DA VÍTIMA COMO SUJEITO ESSENCIAL NA COMPOSIÇÃO DA RESPOSTA AO DELITO

O que se propõe como alternativa ao sistema penal tradicional, em relação aos delitos sexuais, é uma estrutura processual que comporte a inserção da vítima na gestão do conflito e no diálogo que chegará à composição da sanção ao agressor. A principal justificativa para o retorno da vítima ao centro da relação conflitual é que a prática do ato ilícito envolve, primeiramente, a violação de seu direito individual, ao invés do Estado como vítima primária, o que condiciona seu direito de participar ativamente da resposta/reação ao delito praticado contra si, podendo compreendê-lo e resolvê-lo. Muitas vezes o que se olvida, nos casos de violência sexual, é que o bem jurídico tutelado é a liberdade e a autodeterminação sexual do indivíduo, de poder escolher com quem quer se relacionar, independente da sua moralidade sexual, e não a honra ou os bons costumes da família, que "justificariam" uma reação da sociedade,[61] representada pela figura do Estado.

Cada vítima enfrenta a ofensa, e suas consequências, de uma determinada maneira; gerencia o sofrimento de diversas formas e espera, muitas vezes, uma justiça diferente daquela fornecida pelo sistema jurídico-penal tradicional. Mesmo que o problema privado tenha passado a ser público, os interesses do ofendido também devem ser levados em consideração. Ou seja, a vítima deve, sim e necessariamente, ter espaço para voz e ser ouvida. Este novo protagonismo promove a personalização e a humanização do processo penal na medida em que coloca a vítima como sujeito de direitos e não mais como objeto de observação e análise.[62]

61. SABADELL, Ana Lucia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. Op. cit., p. 83.

62. CÂMARA, Guilherme Costa. Op. cit., p. 355.
"(...) a emergência da vítima aponta para o potencial de reconhecimento público do sofrimento suportado por um indivíduo singular ou por grupos, a possibilidade de

Para o delito de estupro, cuja preponderância ocorre no seio intrafamiliar/doméstico, é necessário um novo método de solução do conflito que propicie uma reação ao delito diversa da resposta penal tradicional (pena) a fim de, efetivamente, prevenir a prática de novos atos, além de conservar a relação entre as partes. A mulher vitimizada, por exemplo, muitas vezes não deseja se separar de seu algoz, tampouco que ele seja preso; apenas quer que seu companheiro deixe de ser violento. Este objetivo, por óbvio, não consegue ser cumprido pelo sistema jurídico, que oferece tão somente uma pena privativa de liberdade, que não contribuirá em nada para melhorar a convivência intrafamiliar.[63] Pelo contrário, gerará desintegração social.

Trata-se [a violência sexual], como dito, de violência patriarcal, que não será resolvida com a prisão. É necessário incluir a vítima e o agressor no debate sancionatório para que percebam o contexto e relações que circundam esta violência, que ultrapassa os níveis estrutural e institucional, chegando ao nível interpessoal.

O que se propõe como política de resposta imediata à violação da norma (microtransformação), encontrada no Direito Constitucional e não no Direito Penal, é o uso da mediação, inserida na proposta da Justiça Restaurativa dos anos de 1980, tendo em vista que esta é capaz de colocar as partes envolvidas no conflito no patamar de sujeitos isonômicos, e não mais como vítima – submissa – e agressor – dominador –, tendo, assim, um caráter positivo de possível resolução e prevenção do conflito.

A sanção penal tem caráter negativo, pois impõe uma consequência desfavorável – pena – pelo descumprimento da norma[64] e não cumpre as finalidades a que se propõe, como arguido no capítulo anterior, especialmente a prevenção especial positiva, de reeducação/ressocialização/reinserção social do algoz. É o campo jurídico menos adequado para a gestão do conflito sem violar direitos

---

narrar a experiência vivida e o impacto dos traumatismos; enfim, permite fortalecer a presença do sujeito pessoal na consciência coletiva" WIEVIORKA, apud ALVAREZ, Marcos César et al. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, n. 86, ano 18, set.-out., 2010, p. 251-252.

63. SABADELL, Ana Lucia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. Op. cit., p. 449. Vide também JORGE, Alline Pedra. Op. cit., p. 43.

64. SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. Op. cit., p. 141.

dos seus sujeitos e alcançar conquistas ou mudanças sociais significativas. Como ressaltado por Andrade,

> Trata-se do campo da supressão duplicada de direitos, ou seja, que suprime direitos de alguém, desde o patrimônio (multa) passando pela liberdade (prisão) até a vida (morte) em nome da supressão de direitos de outrem, que utiliza a violência institucional da pena em resposta à violência individual do crime.[65]

A gestão do conflito sexual pelas próprias partes envolvidas, pelo contrário, se justifica por ser uma problemática que diz respeito, essencialmente, ao âmbito privado das relações sociais.[66] Além disso, atende aos conceitos constitucionais de liberdade, vez que dá autonomia aos mesmos para gerirem o conflito pessoal,[67] e de igualdade, já que infrator e vítima se confrontam em patamar isonômico, não sendo a esta atribuídos estereótipos de inferioridade, fragilidade e passividade. O ofendido se desvencilha do estereótipo diminuto de *vítima*, retornando à condição de pessoa vítima de uma violência. Evita-se, assim, a instauração de um processo formal, desigual, seletista e sexista, atribuindo ao Poder Judiciário um novo papel, de estimular o acordo entre as partes. O que se enfatiza, portanto, é a mudança do sistema (procedimento) de resposta ao ilícito penal praticado.

Há, ainda, a proposta de uma resposta mediata (macrotransformação) e que poderá atingir a raiz do conflito sexual e doméstico: a educação, adaptada às diferentes culturas, regiões do mundo e realidades econômicas. A educação propicia a mudança de valores socioculturais e de percepção de mundo dos cidadãos, especialmente em relação aos homens, na busca de igualdade (de gênero) dos indivíduos, procurando extirpar a visão antagônica dominante/dominado e, consequentemente, do patriarcalismo na sociedade contemporânea.[68]

---

65. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*. Op. cit., p. 106.

66. O espaço de atuação da gestão consensual do conflito abrange situações problemáticas sentidas pelos sujeitos envolvidos como dificuldades e/ou sofrimentos, como ocorre, por exemplo, em casos de violência intrafamiliar [e sexual]. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 196-197. Vide também ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*. Op. cit., p. 106.

67. DIMOULIS, Dimitri. Op. cit., p. 216-217.

68. SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. Op. cit., p. 222 e 226-227.

Os processos educativos de resposta a um atoilícito orientam o indivíduo a agir de determinada forma (conforme o direito) através de mecanismos de reflexão, conhecimento e autoconhecimento ao invés da lógica ordem-desobediência-sanção.[69] Assim, a educação – de gênero – também pode ser considerada um tipo de ação de prevenção criminal,[70] já que buscará melhorar as condições de vida e as relações sociais dos cidadãos.

4. ALTERNATIVA À REPRESSÃO PENAL

O *paradigma restaurativo* da década de 80, ao constatar a incapacidade do sistema penal e do cárcere de produzir ordem social e ressocializar o condenado, propõe a Justiça Restaurativa: um modelo autônomo e consensual de soluções informais, baseadas no sentimento de vergonha do ofensor e no perdão da vítima, que não ameaça a hegemonia normativa do Estado.[71] Busca evitar a despersonalização do conflito e ser uma alternativa aos efeitos vitimizadores (tanto do ofendido, frente às instituições de controle formal, quanto do ofensor, pelo estigma sofrido durante a execução penal na prisão) da abordagem convencional jurídico punitiva,[72] tendo como essência a colaboração das partes. O enfoque desta abordagem fica centrado, eminentemente, na vítima e no dano por ela percebido.

Os defensores de posicionamento contrário entendem que a relação entre a vítima e o agressor é secundária no âmbito penal, não podendo esta interferir no processo penal já que não detém o *jus puniendi*.[73] O papel da vítima deve ficar restrito no processo, de modo que seja neutralizada. Para violação grave a direitos individuais, apenas o direito penal seria capaz de restabelecer a ordem social. Assim, as justiças alternativas não se sustentariam nestes casos, esvaindo-se a hipótese abolicionista na sociedade capitalista.[74] Outro argumento contrário à integração da vítima no processo decisório seria o fortalecimento

69. SABADELL, Ana Lucia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. Op. cit., p. 450-451.

70. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 249.

71. Juarez Cirino dos Santos, na apresentação do livro de Massimo Pavarini. Vide também PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 194-197.

72. ALVAREZ, Marco César et al. Op. cit., p. 253.

73. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 21.

74. Idem, passim.

do denominado *populismo penal*,[75] que clama por maior punição à prática de delitos, na emergência de uma cultura de controle mais repressiva.[76]

Contudo, tais argumentos não se sustentam. A reorientação processual para a vítima não atribui às partes (cidadãos) o *jus puniendi*, apenas os inclui no processo construtivo da resposta à violação da norma e do direito individual, que pode trazer benefícios aos protagonistas do conflito.[77] A participação da vítima, inclusive, não significa o agravamento da situação do ofensor, tampouco uma resposta mais repressiva ou punitiva ao delito.[78] O resgate da vítima na participação da justiça criminal se justifica na sua condição de ser humano dotado de voz, que deve ser ouvido, sem isso significar que prejudicará outros direitos, como os do infrator. A valorização da vítima se dá na perspectiva de ser humano enquanto pessoa ofendida por uma ação delitiva, não como sujeito para o qual as atenções serão voltadas em substituição ao infrator.[79]

Neste contexto, a mediação tem se destacado como meio alternativo de reação e resolução do conflito, capaz de instituir censura ao ofensor e reintegrá-lo à sociedade de modo que não seja socialmente estigmatizado ou rotulado pejorativamente, ao passo que também fortalece a presença da vítima, como sujeito e não como prova, no imaginário processual e no coletivo social.

4.1. A mediação como opção procedimental

A mediação constitui uma técnica de resolução de conflitos na qual as partes interessadas – vítima e ofendido, substancialmente – trabalham em colaboração com uma terceira pessoa imparcial – mediador ou conciliador – a fim de debater, eles mesmos, o evento danoso, compreendê-lo e encontrar uma solução ao problema, aceitáveis por ambas as partes, em uma autocomposição do conflito. Os interessados são os principais personagens do processo, caben-

75. SALAS, apud ALVAREZ, Marcos César et al. Op. Cit., p. 252.

76. Exemplos desta cultura de controle mais repressiva dos últimos anos são os movimentos de "Lei e Ordem" e "Tolerância Zero", criados no início da década de 90 do século passado. Sobre tais movimentos e as críticas que recaíram sobre os mesmos, vide GRECO, Rogério. Op. cit., p. 14-15.

77. CÂMARA, Guilherme Costa. Op. cit., p. 66.

78. Neste sentido ALVAREZ, Marcos César et al. Op. cit., p. 286-287; CÂMARA, Guilherme Costa. Op. cit., p. 204; SABADELL, Ana Lucia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. Op. cit., p. 449; JORGE, Alline Jorge. Op. cit., p. 41 e 46.

79. JORGE, Alline Jorge. Op. cit., p. 11-12.

do-lhes ditar a sua velocidade, seu início e término. Cabe à vítima e ao agressor decidir voluntariamente, inclusive, se aceitam participar da mediação. Caso a vítima ou o agressor não manifeste interesse em resolver o conflito sem recorrer ao sistema tradicional, não há como compeli-los a chegar a um acordo.[80] A mediação não se submete a um único modelo processual de atuação, pois depende do objetivo buscado pelas partes.[81]

Relativamente ao agressor, permite-o mensurar o grau de responsabilização por suas ações e até que ponto está disposto a compensar a vítima pela ofensa cometida, seja da melhor maneira que convir a ambos. Também o ajuda a perceber as consequências negativas de seu ato na vida da vítima e a possibilidade de se arrepender pelo que fez, evitando que pratique uma nova ofensa contra ela. Para a vítima, a seu turno, esta consegue expor a dimensão do impacto negativo que o ato cometido gerou em sua vida, ajudando-a a lidar com o momento dramático pelo qual passou – a fim de evitar que estas consequências afetem o seu convívio social futuro –, ao mesmo tempo em que pode, em um exercício empático, se colocar no lugar do agressor e compreender as determinações de seu ato (não necessariamente os aceitando).[82] Os benefícios psicológicos de "colocar para fora" todas as angústias e sentimentos que o delito ocasionou ou receber as desculpas sinceras do ofensor, muitas vezes, são mais almejadas pelas vítimas do que a mera reparação pecuniária ao dano sofrido ou o encarceramento daquele.

Com a mediação, portanto, fomenta-se o diálogo horizontal entre ofensor e ofendido, não para descobrir o porquê da ação delitiva, mas sim como se poderá resolver o conflito instaurado e evitar novas violações. O enfoque preventivo prevalece sobre o repressivo/retributivo. Os debates, ainda, podem reduzir a hos-

80. PAZ, Miguel Angel Nuñez. Origen y fundamentos criminológicos de la mediación. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, n. 80, ano 17, set.-out., 2009, p. 376-377.

81. UMBREIT, Mark S. Justiça Restaurativa por meio da mediação Vítima-Ofensor: Uma avaliação apartir de várias experiências locais. Trad. Francisco Schertel. In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. v. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. Disponível em: [www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-iii-doutrina-artigo-dos-professores/justica-restaurativa-por-meio-da-mediacao-vitima-ofensor-uma-avaliacao-a-partir-de-varias-experiencias-locais]. Acesso em: 11 mar.2014.

82. PAZ, Miguel Angel Nuñez. Op. cit., p. 378. Vide também OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Op. cit., p. 150-151.

tilidade entre eles, potencializada pelo sistema criminal convencional ao colocá-los em oposição, possibilitando que cheguem a um mútuo acordo e restabeleçam a harmonia social.[83] Outro aspecto relevante da conciliação é que ela evita os efeitos negativos que provocam as rotulações de *vítima* e *criminoso* nas partes.

Os principais resultados obtidos pelo uso da mediação, e comprovados empiricamente, são: a satisfação das partes na condução do processo, sentindo-se tratadas de maneira igualitária; restituição pecuniária ao dano sofrido pela vítima; menor utilização do sistema de justiça tradicional; contenção da reincidência criminal; economia de gastos no trato de ofensas penais; impacto psicológico positivo sobre a vítima, com significativa redução de seu medo de ser novamente alvo do mesmo ofensor.[84]

Quanto à figura do mediador ou intermediário, algumas qualidades ele deve ter para bem conduzir as partes a fim de chegarem a um acordo. Não se ignora a diferença de poder que pode existir entre infrator e vítima e, por tal razão, deve o mediador ser qualificado para atuar buscando a igualdade entre as partes.[85] Ao magistrado, não necessariamente o da seara penal, por sua vez, é incumbida a homologação do acordo escrito para que possa surtir efeitos

83. NALINI, José Renato. O Brasil e a mediação penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. RT, v. 750, ano 87, abril, 1998, p. 478.

84. UMBREIT, Mark S. apud, CARNEIRO, Breno Zaban. A Indicação à Mediação Vítima-Ofensor: Algumas considerações em referência à sua eficácia em diferentes casos. In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. v. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. Disponível em: [www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-iv-doutrina-artigos-dos-pesquisadores/a-indicacao-a-mediacao-vitima-ofensor-algumas-consideracoes-em-referencia-a-sua-eficacia-em-diferentes-casos]. Acesso em: 24.02.2014.

85. O mediador deve "gerir as relações entre as partes por atitudes como a escuta, o olhar, a palavra mediante expressão de sentimento e ter habilidade para conduzir o diálogo e fazer emergir um consenso. Além disso, aparecer como uma *figura de autoridade*, não em virtude de seu lugar numa instituição (...), mas pela expressão de uma neutralidade, de uma objetividade e, finalmente, de um sentido de equidade. 'O mediador não tem por função senão provocar a emergência de um consenso entre as partes' (MAGALHÃES NORONHA, 1972, p. 293). (...) O mediador deve, pois, se situar, de maneira iterativa, no tempo das origens do conflito, no tempo atual da confrontação entre as partes e no longo termo do futuro das relações sociais que deverão ser restauradas. Por último, precisa privilegiar os fatos mais que as normas, o exame das práticas das partes mais do que a explicação que elas dão, os julgamentos de realidade mais do que os julgamentos de causalidade. Não se trata de julgar, como magistrado, mas de produzir explicações, de encontrar caminhos conducentes à des-

para as partes e para terceiros. Trata-se, também, de uma forma de analisar se o acordo derivou de forças isonômicas e consensuais, e só será homologado pelo juízo quando estiver conforme com a vontade das partes na integralidade de seu conteúdo.[86]

Por todas as características acima expostas, indaga-se, nesta oportunidade, como o uso da mediação poderá ser eficaz para a resolução e pacificação do conflito entre agressor e vítima de um delito sexual.

Em relação à vítima, esta encontrará espaço para exprimir a sua versão do episódio e seus interesses, podendo participar ativamente da construção do desfecho do caso ao expor satisfatoriamente suas expectativas.[87] Quanto ao agressor, possibilitará que perceba as consequências do ato praticado (processo de responsabilização) não só no que concerne à vítima, mas também a sua relação com ela, podendo não mais praticá-lo, o que permite prevenir a prática do delito sexual e restaurar os laços sociais.

A mediação, ao colocar o ofensor e o ofendido na posição de sujeitos, possibilita, ainda, para ambos, a percepção que as relações de violência protagonizadas por eles se desenvolvem para além de violência estrutural ou institucional, sendo, sobretudo, relacional (interssubjetiva),[88] como já referido.

> Com a implementação de uma conciliação entre os reais envolvidos no drama criminal, quais sejam a vítima e o algoz, não como sujeitos de um processo formal, mas como participantes de uma instância de auto-ajustamento dos conflitos, estes conflitos voltam a ser o que efetivamente são: dramas interpessoais que poderão ser solucionados com a participação dos reais envolvidos.[89]

Esta forma de composição da sanção, portanto, possibilita a integração social do agressor sem estigmatização, pois acaba por não ser uma sanção de conteúdo negativo originado do antagonismo de interesses entre infrator e vítima. Por não polarizar a relação dos protagonistas, bem como a composição final não dotar de conteúdo eminentemente negativo, apenas censurador, porém

---

coberta pelas partes de um consenso sobre a solução partilhada por elas próprias". NALINI, José Renato. Op. cit. p. 482.

86. Como já ocorre no Brasil para os casos de mediação penal em relação a delitos de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais.

87. ALVAREZ, Marcos César et al. Op. cit., p. 264-265.

88. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Op. cit., 2004, p. 290.

89. JORGE, Alline Pedra. Op. cit., p. 93.

consensual, entende-se ser uma resposta de contornos mais constitucionais do que penais ao delito.

Em suma, o *paradigma restaurativo* – incluída a mediação – pede às partes em conflito para "reconsiderar o passado, para medir-se sobre o sentido de um fato histórico que rompeu um equilíbrio; mas pede também para superar, em conjunto, aquela fratura, para encaminhar-se mais serenamente em direção ao futuro".[90]

Constitui, ainda, um propósito abolicionista, por não recorrer à repressão penal e punitiva para enfrentar a situação problemática, justamente pela sua incapacidade para resolver conflitos e consequente deslegitimação, mas sim a formas alternativas de resolução do conflito. Abrange uma – iniciante e mínima – mudança cultural e institucional de controle, sob a perspectiva do não uso da violência,[91] preservando a dignidade humana das partes envolvidas.

No Brasil, a justiça restaurativa e o uso da mediação são encontrados na Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para conflitos penais de menor potencial ofensivo, e na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). As justificativas para o uso da mediação/conciliação são as mesmas apresentadas acima,[92] que serão as mesmas para qualquer tipo de delito que ofenda um direito ou liberdade individual. A vítima individualizada, que tem lesionado seu direito, deve participar do processo de solução do conflito, especialmente quando se quer conservar a relação existente com o algoz.

Atualmente, a restrição do uso deste método de solução do conflito aos delitos de menor potencial ofensivo ou em relação à violência doméstica constitui mera disposição legislativa. Não há uma justificativa concreta para a inaplicabilidade da mediação para conflitos que envolvam a violação grave de algum bem jurídico, como a autodeterminação sexual; apenas são apresentadas suposições e afirmações abstratas de que a conciliação não seria efetiva em tais situações.

90. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 200.

91. Sobre o abolicionismo penal vide ANDRADE, Vera Regina Pereira de Horizonte de projeção da política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista Op. cit., p. 374.

92. "Com a lei, institucionalizou-se no sistema de justiça criminal brasileiro a chamada justiça consensual ou restaurativa, que teria por objetivo a conciliação e a busca do restauro dos laços entre as partes, aplicando assim a interação entre agressor ou infrator e vítima, e buscando a pacificação do conflito". ALVAREZ, Marcos César et al. Op. cit., p. 254.

Os resultados positivos decorrentes do uso da mediação determinada principalmente pela Lei Maria da Penha apontam para a eficácia do próprio método de mediação nas relações intrafamiliares (da qual a violência sexual faz parte), independente da gravidade da ofensa ao bem jurídico, não passando, portanto, de mera convenção legal a estipulação deste mecanismo de solução de conflitos apenas para determinados tipos penais. As próprias vítimas da violência doméstica relataram a satisfação na resposta ao conflito intrafamiliar com o uso da conciliação, que as permitiu manifestar suas intenções e fizeram o cônjuge passar pelo constrangimento para que as agressões cessassem.[93] O fim das agressões não é necessariamente almejado mediante o afastamento do agressor do lar, por intermédio de uma pena privativa de liberdade.

A Lei 11.340/2006 adotou uma lógica diferente da tradicional, a qual segue a dualidade de prender ou não prender, ao trabalhar com medidas menos gravosas ao réu e, ao mesmo tempo, mais satisfatórias à vítima, no sentido de atender às suas necessidades e expectativas.[94]

> O foco da lei é justamente o processo de forma diferente do Código de Processo Penal, é tratar aquele crime como um crime ocorrido num âmbito familiar e você não trata isso aplicando uma prisão, você trata isso com mil facetas diferentes: você tem que ter encaminhamento, tem que ter audiências, ouvir as crianças (...).[95]

Já ultrapassa a hora de expandir a mediação para outros tipos penais que lesionam mais gravemente bens jurídicos individuais (especialmente os ocorridos na esfera privada da sociedade), como é o caso dos delitos sexuais.

4.2. Notas sobre as políticas sociais de gênero no Brasil

A política criminal mediata – e mais efetiva – da educação de gênero, em uma abordagem eminentemente construtivista, tem se desenvolvido paralelamente ao sistema de justiça criminal, ainda que de maneira incipiente, em organizações da sociedade civil voltadas ao atendimento de vítimas e agressores envolvidos com a violência doméstica e sexual. O diferencial destes programas em relação ao uso da mediação é que os agressores e vítimas são encaminhados aos projetos através de determinação judicial ou recomendação (Conselhos

93. ALVAREZ, Marcos César et al. Op. cit., p. 266-269.

94. Idem, p. 270.

95. Idem, p. 269.

Tutelares e serviços de saúde), sendo poucos os casos em que a participação decorreu da vontade dos sujeitos.

No Instituto Noos, organização sem fins lucrativos, por exemplo, busca-se a resolução pacífica de conflitos familiares e comunitários através de metodologias alternativas, no intuito de interromper e prevenir a violência intrafamiliar e de gênero.[96]

A participação de homens e mulheres em grupos de reflexões de gênero apontou que os encontros possibilitaram aos mesmos assumir suas responsabilidades pelos atos praticados, tomando consciência de que a violência faz parte do repertório masculino de resolução de conflitos e de manutenção de poder. Essas perspectivas permitiram que o participante interrompesse as diferentes formas de violência, dentre elas a sexual, praticadas dentro do seio familiar, diminuindo os índices de reincidência. Outros resultados constatados foram o aumento na capacidade de diálogo, de expressão, de afeto e de autoestima (empoderamento) do participante.[97]

Políticas educacionais de semelhante metodologia também surtiram resultados positivos nos participantes do grupo de responsabilização para homens autores de violência, na ONG Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, em São Paulo, nos casos de violência doméstica.[98] Os encontros estimularamo algoz a refletir sobre as noções de masculinidade e patriarcalismo, os papéis do homem e da mulher no meio social, visando desconstruir as ideias de que o conflito se resolve, necessariamente, com o uso da violência e que a vontade e perspectivas do homem devem prevalecer. Através do processo de reflexão e discussão é que o agressor toma consciência de seus atos e suas consequências, concluindo que as reações violentas, muitas vezes impensadas e extremadas, têm efeitos nocivos em relação ao seu meio social. Como a violência sexual geralmente é uma modalidade da violência doméstica, as políticas sociais relacionadas a esta também podem ser aplicadas com a mesma finalidade àquela.

Mesmo apenas tendo como saber se o algoz voltou a praticar algum tipo de violência intrafamiliar caso haja uma nova denúncia por parte da vítima, dos participantes do grupo apenas poucos reincidiram na prática de algum tipo de

96. Disponível em: [www.noos.org.br/portal/finalidades]. Acesso em: 14.05.2014.

97. Disponível em: [www.noos.org.br/userfiles/file/metodologia_port.pdf]. Acesso em: 19.05.2014.

98. Disponível em: [http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-04-24/estado-deve-proteger-mulher-ao-inves-de-apenas-punir-agressor-diz-especialista.html]. Acesso em: 19.05.2014.

violência, conforme informações fornecidas pelo coordenador do programa, Sérgio Barbosa,[99] sendo um indicativo da eficácia dos grupos de reflexão para a prevenção de novas violências.

Em Curitiba, a ONG Fênix Ações pela Vida atende vítimas crianças e adolescentes, agressores e familiares envolvidos no contexto da violência sexual e/ou doméstica, pautando suas atividades pela mediação de conflitos.[100] O primeiro atendimento ocorre com assistentes sociais e, após a entrevista com todos os membros da família envolvidos no conflito, é feita uma proposta de tratamento aos mesmos. Em relação ao agressor, este tem à disposição atendimento psicológico individual cujo objetivo é, através do diálogo e de reflexões, entender os impactos de seu ato na vida da vítima e de outros familiares, bem como as motivações que o levaram a reagir de maneira extremada e violenta a fim de evitar a prática de uma nova agressão.

O atendimento psicológico depende da manifestação voluntária do agressor em se submeter ao tratamento, pois, conforme relatos dos profissionais da organização, o mesmo apenas relatará os fatos conforme a realidade quando não sentir que está sendo obrigado ou julgado. Para propiciar este ambiente mais acolhedor e seguro, o espaço físico da ONG se parece com uma casa, com móveis, diversas cores e quadros, a fim de não proporcionar um local frio e sóbrio, como são as salas de audiência ou a delegacia.

Por meio da abordagem cognitivo-comportamental, auxilia-se o algoz a ter empatia em relação à vítima, o que possibilita sentir, então, culpa pelo ato praticado. Esta culpa, conforme os resultados obtidos, contribui para que o ofensor não pratique uma nova violência, percebendo a importância da mudança de seu comportamento em relação aos menores e da percepção do olhar no meio familiar. Estas novas percepções também são construídas com a disponibilização de informações, como as relativas aos estudos de gênero.

Um dos resultados mais significativos do tratamento psicológico com o agressor foi a melhoria da convivência e do ambiente familiar já que alguns laços sociais foram preservados, até mesmo quando se constata que o abuso ou o delito sexual inexistiu. Tal resultado, acredita-se, está relacionado com o

99. Disponível em: [http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2014-04-23/ong-usa-filosofia-contra-violencia-domestica.html]. Acesso em: 19.05.2014.

100. Disponível em: [www.fenixacoespelavida.org.br/?page_id=14]. Acesso em: 20.05.2014. As outras informações colocadas neste trabalho decorreram do que os próprios profissionais relataram a esta pesquisadora em visita à referida ONG, em 13 de junho de 2014.

fato de que, na ONG, vítima e agressor encontraram um espaço diferenciado no qual podem manifestar seus interesses, desejos, remorsos, medos e receios do que pode vir a acontecer e, principalmente, são ouvidas sem um pré-julgamento e com imparcialidade por parte do profissional. Foram ouvidas com humanidade, situação diversa do que ocorria quando eram ouvidas no Conselho Tutelar ou em outras instâncias de controle social formal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa a respeito do perfil do agressor e da vítima do delito sexual, constata-se que se tem, no senso comum, uma noção equivocada de onde ocorre e quem são os seus principais protagonistas. Enquanto os meios de comunicação em massa enfatizam os casos de estupro envolvendo pessoas desconhecidas, normalmente a ação regada de requintes de perversão sexual e crueldade,[101] olvida-se e camufla-se o tipo de agressor mais comum: aquele que previamente conhece a vítima e, não raro, faz parte de seu ciclo social mais íntimo. A pesquisa também apontou que as agressões sexuais não ocorrem, necessariamente, para a satisfação da libido, mas sim exteriorizam manifestações de poder e de dominação, principalmente do homem em relação à mulher.

101. Apenas no ano de 2014, por exemplo, os meios de comunicação destacaram os casos de suposto estupro envolvendo desconhecidos, como uma jovem que foi abordada por um morador de rua no Rio de Janeiro quando ia até um hospital. Disponível em: [http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/mulher-e-estuprada-a-caminho-de-hospital-no-rio-de-janeiro,6a40d69860536410VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html]; [http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/05/26/jovem-e-estuprada-embaixo-de-viaduto-na-zona-norte-do-rio.htm]; [http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/05/mulher-e-estuprada-caminho-de-hospital-no-suburbio-do-rio-diz-policia.html]. E "uma jovem estuprada por três homens na virada cultural em Marília/SP". Disponível em: [http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2014/05/jovem-e-estuprada-e-espancada-durante-virada-cultural-em-marilia.html]; [www.redebomdia.com.br/noticia/detalhe/68035/mulher-estuprada-durante-virada-de-marlia].
Além disso, a reportagem da revista Veja de abril de 2013, revista de grande circulação nacional, destacou os casos mais emblemáticos de "maníacos sexuais" no Brasil, classificando perfis de agressores e chegando a afirmar, até mesmo, que "entre outros traços, os autores de crimes sexuais desprezam a condição humana das vítimas, são capazes de recorrer à violência extrema e sempre voltam a atacar – sem remorsos". O curioso é que em momento algum foram apresentados dados a respeito dos supostos agressores quando a notícia do crime sexual chega às instâncias formais de controle social, tampouco menciona qualquer caso de violência sexual ocorrida dentro do ambiente familiar ou entre pessoas conhecidas. Disponível em: [http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/por-dentro-da-mente-de-um-estuprador]. Acesso em: 15.06.2014.

Não compreender quais os fatores que compõem, como pano de fundo, as violências sexuais, bem como não analisar quais as consequências para o algoz e para a vítima que a resposta ao ilícito ocasionará, deixa esta vulnerável a uma nova agressão sexual, já que a "solução" imposta não consegue resolver, ainda que minimamente, o conflito.

Pela forma como o sistema de justiça criminal está estruturado, com o *jus puniendi* pertencendo ao Estado e a vítima relegada à condição de prova do crime sexual, verifica-se a completa falha na proteção desta, vez que, ao reviver os fatos diante de terceiros, acaba também sendo julgada moral e sexualmente, sofrendo uma nova vitimização. Verifica-se, também, o fracasso na prevenção a novas práticas delitivas tendo em vista que o algoz, ao ser encarcerado, experimenta um novo conjunto de valores sociais a seguir dentro do cárcere – que não corresponde aos valores propugnados na sociedade – e não é submetido a qualquer programa de conscientização e responsabilização pelo ato praticado. Sua percepção de que o problema se resolve com o uso da violência é reforçada, já que a solução para a agressão sexual foi uma violência ainda maior contra a sua pessoa. Tais respostas acabam por perverter as finalidades declaradas do sistema de justiça criminal, incitando um ciclo vicioso de violência, sendo incapaz de produzir integração social.

A resposta punitiva, de aparente solução imediata do conflito e resguardo dos direitos das partes, apresenta-se extremamente nociva aos laços sociais dos protagonistas do conflito social, pois tolhe do agressor sua dignidade, ao estigmatizá-lo e colocá-lo na pior condição humana imaginável diante do cárcere, extinguindo qualquer chance de ascensão social, bem como viola os direitos da vítima ao destituir-lhe a condição de *sujeito vítima de um ato ilícito* para a figura de *vítima* frágil, indefesa, dependente de um sistema que lhe dirá qual a melhor solução a ser aplicada para seu agressor sem se preocupar, todavia, em quais são as suas reais necessidades.

Passa da hora de atribuir a resposta ao delito penal mais humanidade e sensibilidade, concebendo-o como um conflito interpessoal entre ofensor e ofendido, sendo a vítima um sujeito do drama criminal e não mera criação jurídica probatória.

Especialmente com os estudos referentes à Justiça Restaurativa, nas últimas décadas, a vítima vive um processo de redescoberta na qual se busca a proteção dos seus interesses e direitos, resgatando sua dignidade no processo criminal.

A mediação, na visão desta subscritora, pode ser o método de resolução do conflitoque consiga prevenir[102] a prática do crime sexual, especialmente em casos em que agressor e vítima mantêm algum tipo de relacionamento anterior – amoroso, familiar, profissional –, ao ser capaz de incutir no algoz o sentimento de vergonha pelo ato cometido (no sentido reintegrativo), durante o processo de composição da solução, ao mesmo tempo em que consegue satisfazer os interesses do ofendido que, finalmente, encontra espaço para fala e voz ativa na elaboração da resposta ao delito cometido. Pela reconciliação entre réu e vítima repousam grandes possibilidades preventivo-especiais, que não se realizaram por meio do sistema jurídico penal tradicional, bem como a superação da sensação de vulnerabilidade da vítima, em um resgate de sua dignidade como ser humano.

A educação de gênero também merece especial atenção como política criminal para a prevenção de novas violações, posto que os programas multidisciplinares que disponibilizam um espaço de reflexão não só para a vítima, mas também para o agressor, têm apresentado resultados positivos na desconstrução de noções patriarcais e de dominação, sugerindo, após os processos de debates e novas concepções/percepções, formas menos violentas para responder ao ilícito.

A resistência à aplicação de métodos alternativos de reação ao conflito em casos envolvendo bens jurídicos essenciais que sofrem uma lesão grave, como é o caso dos delitos contra a autodeterminação sexual, sob o argumento de que são ineficazes para a redução e resolução do conflito, significa reproduzir o discurso falacioso de séculos[103] de que a pena privativa de liberdade é a única sanção adequada a tais lesões, e que continua a corroborar com a finalidade real do sistema de justiça criminal, qual seja, de manter as desigualdades sociais ao neutralizar uma parte da população, deixando-a à margem, sem qualquer chance de ascensão social.

Mais do que isso, é fechar os olhos para as necessidades que se apresentam, as quais clamam pela tentativa de novas formas de resolução do conflito que

102. Denominado de "nova" prevenção criminal, cujas características gerais são: 1. redução da criminalidade; 2. sem recorrer ao sistema de justiça penal; 3. verificabilidade empírica do objetivo alcançado. PAVARINI, Massimo. Op. cit., p. 246.

103. Neste sentido: FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 40. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012, p. 258-263.

não abram portas para outra série de desordens que estão por vir, como novas violências em decorrência da resposta mais violenta ao ato já violento.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima.* Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Ed. RT, n. 48, p. 260-290, mai.-jun., 2004.

_____. Horizonte de projeção da política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista. In: MAYA, André Machado; FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). *Ciências Penais.* Perspectivas e tendências da contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. (Pensamento Criminológico; 19)

ALVAREZ, Marcos César et al. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo? *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Ed. RT, n. 86, ano 18, p. 247-288, set.-out., 2010.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. *Revista de Direito Penal.* Rio de Janeiro: Forense, n. 23, p. 07-21, jul.-dez., 1976.

_____. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Pensamento Criminológico; 1)

BARROS, Lívya Ramos Sales Mendes de; JORGE-BIROL, Alline Pedra. *Crime de estupro e sua vítima*: a discriminação da mulher na aplicação da pena. Disponível em: [www.mulherecidadania.al.gov.br/cavcrime/artigos/Crime%20de%20Estupro%20e%20Sua%20Vitima%20-%20A%20Discricao%20da%20Mulher%20na%20Aplicacao%20da%20Pena.pdf]. Acesso em: 10.03.2014.

BODELÓN, Encarna. Relaciones peligrosas: género y derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Ed. RT, n. 29, ano 8, p. 233-246, jan.-mar., 2000.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Trad. Maria Helena Küher. 11. ed. Rio de Janeiro: Berthand Brasil, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n.° 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União.* Rio de Janeiro, 31.12.1940.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal.* Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal:* orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARNEIRO, Breno Zaban. A Indicação à Mediação Vítima-Ofensor: Algumas considerações em referência à sua eficácia em diferentes casos. In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.* v. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. Disponível em: [www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-iv-doutrina-artigos-dos-pesquisadores/a-indicacao-a-mediacao-vitima-ofensor-algumas-consideracoes-em-referencia-a-sua-eficacia-em-diferentes-casos]. Acesso em: 24.02.2014.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. *Estupro no Brasil*: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Nota técnica n. 11, Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf]. Acesso em: 31.03.2014.

DIMOULIS, Dimitri. Da "política criminal" à política da igualidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Ed. RT, n. 29, ano 8, p. 209-231, jan.-mar., 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. 40. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* Trad. Dante Moreira Leite. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*: uma visão minimalista do Direito Penal. 6. ed. Niterói: Impetus, 2011.

INSTITUTO AVON/IPSOS. *Percepções Sobre a Violência Doméstica Contra a Mulher no Brasil.* 2011. Disponível em: [www.institutoavon.org.br/wp-content/themes/institutoavon/pdf/iavon_0109_pesq_portuga_vd2010_03_vl_bx.pdf]. Acesso em: 14.05.2014.

JORGE, Alline Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. *Vitimologia e direitos humanos*: o processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista*: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

NALINI, José Renato. O Brasil e a mediação penal. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Ed. RT, v. 750, ano 87, p. 472-489, abr., 1998.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. RT, 1999.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos*: criminalidade, exclusão e insegurança. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe, 2012.

PAZ, Miguel Angel Nuñez. Origen y fundamentos criminológicos de la mediación. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, n. 80, ano 17, p. 370-406, set.-out., 2009.

SABADELL, Ana Lucia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, n. 27, ano 7, p. 80-102, jul.-set., 1999.

_____. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. RT, v. 840, ano 94, p. 429-454, out., 2005.

_____. *Manual de Sociologia Jurídica*: introdução a uma leitura externa do direito. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal* – parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TEIXEIRA, Paulo Augusto Souza; PINTO, Andréia Soares; MORAES, Orlinda Claudia R (Org.). *Dossiê Mulher 2013*/Instituto de Segurança Pública. Rio de Janeiro: Riosegurança, 2013. Disponível em: [http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/DossieMulher2013.pdf]. Acesso em: 31.01.2014.

TELES, Maria Amélia de Almeida. O protagonismo das vítimas de violência doméstica e familiar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, n. 86, ano 18, p. 381-392, set.-out., 2010.

UMBREIT, Mark S. Justiça Restaurativa por meio da mediação Vítima-Ofensor: Uma avaliação apartir de várias experiências locais. Tradução Francisco Schertel. In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. Disponível em: [www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-iii-doutrina-artigo-dos-professores/justica-restaurativa-por-meio-da-mediacao-vitima-ofensor-uma-avaliacao-a-partir-de-varias-experiencias-locais]. Acesso em: 11.03.2014.

VARGAS, Joana Domingues. Familiares ou desconhecidos?A relação entre os protagonistas do estupro no fluxo do Sistema de Justiça Criminal. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 14, n. 40, p. 63-82, jun., 1999.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007 (Pensamento Criminológico; 6).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher, de Vera Regina Pereira de Andrade - *RBCCrim* 48/260-290, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/575-602 (DTR\2004\822);
- Direito penal e proporcionalidade nos delitos sexuais como concretização dos direitos constitucionais, de André Luís Callegari - *RBCCrim* 63/25-46 (DTR\2006\867); e
- Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal penal sem juízes, de Pablo Galain Palermo - *RBCCrim* 91/161-197 (DTR\2011\2338).

PRAXEOLOGIA E A TEORIA FINALISTA WELZELIANA: UMA ANÁLISE JUSFILOSÓFICA SOBRE A AÇÃO HUMANA

PRAXEOLOGY AND WELZEL'S FINALIST THEORY: A JUSPHILOSOPHICAL ANALYSYS OF HUMAN ACTION

GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA
Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).
gabibuarque1@hotmail.com

Recebido em: 24.01.2016.
Aprovado em: 25.04.2016.
Última versão autora: 15.05.2016.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este trabalho examina pontos de convergência entre alguns fundamentos centrais da praxeologia de Ludwig Von Mises e a teoria finalista da ação, elaborada por Hans Welzel. Por intermédio de investigação qualitativa e revisão bibliográfica, serão analisadas raízes filosóficas comuns e a aplicabilidade da epistemologia praxeológica na análise hermenêutica jurídica. É nesse diapasão que este artigo objetiva fomentar a discussão acerca da ação humana enquanto protagonista do fato delituoso sob perspectivas interdisciplinares, ressaltando os reflexos dessa interpretação para a fundamentação filosófica e dogmática do Direito Penal Brasileiro, à luz da teoria do crime e da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Praxeologia - Teoria finalista da ação - Direito Penal - Ação humana.

ABSTRACT: This paper examines points of convergence between some central foundations of Ludwig Von Mises praxeology and the final action theory, drawn up by Hans Welzel. Through qualitative research and literature review, common philosophical roots and the applicability of praxeological epistemology in legal interpretation analysis are going to be analyzed. It's in this context that this article aims to encourage discussion about human action as the protagonist of the criminal fact in interdisciplinary perspectives, highlighting reflections of this interpretation to the philosophical and dogmatic grounding of Brazilian Criminal Law, in the light of crime theory and Federal Constitution.

KEYWORDS: Praxeology - Final action theory - Criminal Law - Human action.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A praxeologia miseniana - 3. Teoria finalista da ação - 4. O crime na teoria welzeliana - 4.1. Antijuridicidade - 4.2. Tipicidade - 4.2.1. O problema dos delitos culposos - 4.3. Culpabilidade - 5. Raízes filosóficas comuns - 6. Reflexos na fundamentação filosófica e dogmática do Direito Penal Brasileiro - 7. Considerações finais - 8. Referências bibliográficas.

SILVA, Gabriela Buarque Pereira. Praxeologia e a teoria finalista welzeliana: uma análise jusfilosófica sobre a ação humana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 125, p. 57-80, nov. 2016.

"(...) a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens."

(Hannah Arendt)

1. INTRODUÇÃO

A teoria praxeológica miseniana é o campo do conhecimento que estuda a ação humana. A partir de seus conceitos fundamentais sobre a ação, será feito um paralelo com a teoria finalista welzeliana, aplicada na compreensão do delito, ressaltando a aplicabilidade da teoria praxeológica no fenômeno jurídico. Posteriormente, serão investigados os reflexos práticos do finalismo para o Direito Penal Brasileiro, sob o prisma filosófico e dogmático, elucidando a contribuição no embasamento dos princípios constitucionais penais e na sistematização das categorias do delito.

Respaldando-se em uma metodologia qualitativa de investigação científica, desenvolve-se uma compreensão interdisciplinar do fenômeno delituoso por intermédio de revisão bibliográfica. Dessa forma, a relevância da análise aqui abordada se relaciona à conveniência de estudos multidisciplinares e, precisamente, de pesquisas que abordem a ação humana enquanto crime, tendo em vista os alarmantes índices de violência na sociedade brasileira contemporânea que ensejam a necessidade de maiores pesquisas acerca de como compreender e sistematizar juridicamente o delito.

Portanto, a investigação aqui elucidada distancia-se de uma análise científica hermética, objetivando fomentar a discussão acerca da ação humana enquanto protagonista do crime sob perspectivas mais amplas.

2. A PRAXEOLOGIA MISENIANA

A praxeologia (do grego práxis – ação; logos – ciência) pode ser definida como uma ciência geral da ação humana, teórica e sistemática, desenvolvida pelo economista da Escola Austríaca, Ludwig Von Mises, e exposta primeiramente na obra *Grundprobleme der Nationalokonomie* (1933). Embora a designação "praxeologia" já tivesse sido utilizada anteriormente por outros autores, foi a partir de Mises que houve o impulso à inserção de uma metodologia própria aos estudos feitos pelos economistas austríacos, através do desenvolvimento de uma plataforma epistemológica sistematizada e que obteve maior destaque após a Segunda Guerra Mundial.

Nesse contexto, o objeto da praxeologia é a ação humana, de forma que essa teoria geral lida com as implicações lógicas decorrentes do fato de que as pessoas *agem*. Para a praxeologia miseniana a "ação humana é comportamento propositado".[1] Destarte, a ação humana, para Mises, tem necessariamente uma essência finalista, é o esforço intencional de um indivíduo racional para atingir determinados objetivos, promovendo uma mudança no ambiente exterior em que se encontra através da seleção de determinados meios. Considera-se ação também a abstenção de agir, isto é, a omissão, já que a decisão do indivíduo de não executar determinada conduta, embora pudesse fazê-lo, caracteriza o comportamento como propositado. Portanto, "distingue-se assim a actuação (*sic*) interna, isto é, imanente, que constitui um esforço psíquico puro, da actuação (*sic*) externa, expressa nalgum (*sic*) movimento propositado do corpo do sujeito".[2]

Sendo assim, a ação humana estaria condicionada a três pré-requisitos. O primeiro seria um estado de insatisfação, de desconforto. Sem o desconforto, o indivíduo não teria nenhum incentivo para mudar a situação em que se encontra. Esse estado enseja o surgimento do segundo pré-requisito: o estado imaginário sem esse desconforto. Dessa forma, surgiria, por fim, o terceiro pré-requisito, que seria a expectativa de que a ação pode atingir uma mudança, isto é, a crença de que "um comportamento propositado tenha o poder de afastar ou pelo menos aliviar o seu desconforto".[3] A atividade humana adquire, dessa forma, um caráter de processo contínuo e dinâmico de adaptação do indivíduo ao seu meio envolvente. A partir desse raciocínio, aduz-se que o ser humano está sempre ansioso por substituir uma situação de desconforto, por outra que seja, no mínimo, mais satisfatória; logo, vive motivado pela expectativa de atingir um estado de felicidade.

O conceito de felicidade é compreendido de maneira estritamente formal, como o plexo de objetivos subjetivos que um indivíduo tenta atingir quando age. Esse conceito parte do pressuposto de que o desconfortável para alguém somente pode ser aferido a partir de critérios decorrentes da própria vontade e julgamento do indivíduo, de uma avaliação pessoal e subjetiva. A

1. MISES, Ludwig Von. *Ação humana*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p. 1.
2. SWIATKIEWICZ, Olgierd. Por que não uma abordagem praxeológica? *Revista Análise Psicológica*, Lisboa, v. XV, n. 4, p. 641, 1997.
3. MISES, Ludwig Von. Op. cit., p. 3.

epistemologia praxeológica não explora, portanto, a perspectiva axiológica de determinada finalidade ou julgamentos de valor sobre a ação,

> (...) não pressupõe que a escolha dos valores ou fins de uma pessoa é sábia ou adequada, ou que essa pessoa escolheu o método tecnologicamente correto de alcança-los (*sic*). Tudo o que a praxeologia assegura é que o ator individual adota objetivos e acredita, errônea ou corretamente, que pode alcançá-los através do emprego de certos meios (...) Ação, portanto, implica que o homem não tem conhecimento onisciente do futuro; pois se ele tivesse tal conhecimento, nenhuma ação sua faria diferença alguma. Assim, ação implica que vivemos em um mundo de um futuro incerto ou não completamente previsível.[4]

Essa concepção a respeito da ação humana é tida como uma verdade primordial, um axioma para a praxeologia. Mises sustenta a epistemologia praxeológica a partir de axiomas, pressupostos universalmente válidos que não seriam obtidos empiricamente, tendo em vista que estariam embutidos na consciência humana e seriam descobertos através da introspecção da natureza e essência do ser humano. Para os austríacos:

> (...) se alguém quiser argumentar que não existe esse tipo de ação, estará escolhendo meio (argumentação) para atingir um fim (tentar demonstrar a alegada falsidade do axioma) e, assim, estará tomando uma ação na tentativa de refutar a existência da ação.[5]

A partir da descoberta dos axiomas, diversas implicações lógicas poderiam ser extraídas através de um raciocínio dedutivo, e, desde que fossem observadas as regras da lógica, essas implicações também seriam verdades universalmente válidas. Mises não defende a existência absoluta de:

> (...) proposições verdadeiras independentemente de qualquer tipo de 'experiência' – ainda que independam de qualquer experiência sensorial (...) – mas sim, que as proposições desse tipo são independentes de qualquer tempo ou lugar em particular.[6]

4. FREIRE, Lucas Grassi. A Praxeologia e a Escola Austríaca: uma análise introdutória. *Revista Multiface*, Minas Gerais, n. 1, p. 16, 2007.
5. Idem, p. 16.
6. BERTINI, Tullio. *Prêmio Nobel para a praxeologia*. Instituto Ludwig Von Mises, Brasil. Disponível em: [www.mises.org.br/Article.aspx?id=1464]. Acesso em: 02 mai. 2015.

Destarte, a epistemologia praxeológica estuda a ação humana partindo de uma perspectiva ontológica, abordando as implicações lógicas formais do axioma central: o fato de que os indivíduos agem visando uma finalidade. A praxeologia deduziria axiomas apriorísticos, que ostentariam uma certeza e que não poderiam ser atestados ou refutados por investigações históricas e empíricas: estas poderiam apenas medir a aplicabilidade dessas deduções em determinado período histórico.

Nesse diapasão, a metodologia praxeológica surge como uma crítica à base filosófica do conhecimento científico das investigações humanas, sustentando a insuficiência lógica do método indutivista e empirista para o desenvolvimento de uma teoria universal nas ciências sociais. Logo, a praxeologia adota um papel central para a investigação dedutiva, sem desprezar a necessidade de buscar a verdade dos pressupostos, mais especificamente, o da ação humana. Para Mises, o método indutivista seria viável apenas nas ciências naturais, não podendo ser aplicado no estudo da ação humana devido à complexidade desse fenômeno, que não permite a verificação de constantes básicas, controle de variáveis ou condições experimentais. Para a praxeologia, o positivismo seria uma tentativa errônea de reduzir o ontológico ao que é sensorialmente assimilável.

Pressupõe-se, desse modo, cada ato humano como único e diverso, o que se conecta à perspectiva do ser humano não como uma matéria física que se movimenta segundo determinadas leis, mas como um ente possuidor de ideias, propósitos e objetivos próprios cuja mente está imbuída de vontades e pensamentos. Impende ressaltar que a ciência praxeológica salienta o desconhecimento exato de como a origem dessas vontades e pensamentos estaria conectada à influência de fatos exteriores – físicos ou fisiológicos. Isso porque, "idênticos eventos exteriores resultam, ás vezes, em respostas humanas diferentes, enquanto que eventos exteriores diferentes produzem, às vezes, a mesma resposta humana. Não sabemos por quê".[7] Por conseguinte, constata-se que a metodologia praxeológica surge como uma crítica à aplicação do método positivista as ciências sociais, partindo de uma perspectiva dedutiva, lógica e normativa.

Para a praxeologia, a ação humana é necessariamente racional. Assim, mesmo quando o indivíduo age impulsionado por paixões ou instintos emocionais, há escolha racional. Independentemente das origens de determinado impulso emotivo, os meios selecionados pelo homem para agir e, portanto,

7. MISES, Ludwig Von. Op. cit., p. 6.

atingir seus objetivos, são sempre escolhidos por uma consideração racional de custos e benefícios. Mises argumenta que "o homem não é um fantoche de seus apetites (...) o homem organiza suas aspirações e desejos numa escala e escolhe; em resumo, ele age".[8]

A partir de tal premissa, a teoria praxeológica sustenta que o homem age porque tem condições de descobrir relações causais que determinam mudanças no ambiente exterior. Dessa forma, a causalidade seria um requisito da ação humana. Esse fenômeno pressupõe imprescindivelmente o raciocínio de anterioridade e consequência como conceitos essenciais. A percepção sobre o tempo, seria, portanto, inerente à ação humana, ao compreender a causa e o efeito como categorias logicamente encadeadas e integrantes da ação. Para explorar a causalidade como requisito de uma ação, a mera observação dos eventos exteriores não seria suficiente para identificar as relações de anterioridade e consequência; essa constatação seria obtida através de uma teoria. A teoria, descoberta através de um raciocínio dedutivo-lógico, poderia interpretar a realidade em que o indivíduo se encontra, e, a partir dessa interpretação, o homem agiria com o intuito de interferir no rumo dos eventos, a fim de que os efeitos dessa interferência se aproximem da finalidade visada.

Nesse sentido,

> (...) we discover by means of our actions and our observations of the results that we can, under some circumstances, achieve the goals we seek. Purely in terms of inner mental functioning all we know is that we desire to achieve particular goals and that we choose particular means as the route to these goals. (..) Understanding causality is an inescapable part of our consciousness. It is true that causality is axiomatic.[9]

Destarte, constata-se que a praxeologia denota forte raiz antropológica, já que apenas o ser humano teria a capacidade de agir, no sentido aqui estudado. Portanto, "only an individual can adopt values or make choices; only an indi-

8. MISES, Ludwig Von. Op. cit., p. 5.

9. "Nós descobrimos por meio de nossas ações e nossas observações dos resultados que nós podemos, sob algumas circunstâncias, atingir as metas que buscamos. Puramente em termos de funcionamento mental interior tudo que nós sabemos é que desejamos atingir objetivos particulares e que escolhemos meios específicos como o caminho para essas metas. (...) compreender a causalidade é uma parte inevitável da nossa consciência. É verdade que a causalidade é axiomática." SECHREST, Larry J. Praxeology, Economics and Law: issues and implications. *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, v. 7, n. 4, 2004, p. 281.

vidual can act. This primordial principle... must underlie praxeology".[10] Para a praxeologia não é relevante a bagagem cultural ou intelectual das pessoas; todos agem almejando atingir suas finalidades, independentemente de habilidades ou estado mental, desde que conscientemente. O fato de que os indivíduos agem selecionando dentre uma ampla gama de condutas possíveis a conduta que será executada e utilizando meios escassos visando atingir suas finalidades é um aspecto preponderante que caracteriza a própria essência do ser humano.

Embora tenha sido desenvolvida inicialmente com o intuito principal de servir à compreensão do fenômeno econômico, a praxeologia também serve ao quadro analítico do fenômeno jurídico, tendo em vista que ambos os fenômenos se referem ao funcionamento de um sistema social formado pelo mesmo elemento fundamental: a ação humana. Mesmo com preocupações específicas distintas – a economia se preocupa em compreender a produção, circulação e distribuição de riqueza em determinado sistema de divisão de trabalho, enquanto o Direito, por sua vez, visa edificar um sistema de garantias e proteção aos títulos de propriedade regulando as relações sociais e dirimindo os conflitos intersubjetivos – ambos os campos se norteiam a partir da ação humana. Sendo a praxeologia precisamente o âmbito de conhecimento com estrutura unificadora que revela os fundamentos norteadores de todas as variedades de interação e de tomada de decisão do ser humano, ressalta-se a aplicabilidade desses conhecimentos na compreensão do fenômeno jurídico, tendo em vista que "the material object of praxeology encompasses everything in the human world that has or serves a purpose or solves a human problem".[11]

3. TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

Passaremos agora a analisar a teoria finalista da ação e as nuances praxeológicas existentes em seus fundamentos. Esse paralelo é admissível tendo em vista que o objeto de estudo da teoria finalista da ação é o crime, que, por sua

10. "Somente um indivíduo pode adotar valores ou fazer escolhas; somente um indivíduo pode agir. Este princípio primordial deve estar subjacente à praxeologia." SECHREST, Larry J. Praxeology, Economics, and Law: Issues and Implications. *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, v. 7, n. 4, p. 19-40, 2004.

11. "O objeto material da praxeologia engloba tudo no mundo humano que tem ou serve a um propósito ou resolve um problema humano." DUN, Frank Van. Bruno Leoni, *Praxeology and the Law*, 2013, p. 14. Disponível em: [http://users.ugent.be/~frvandun/tekstmenu.html]. Acesso em: 02 mai. 2015.

vez, é sempre uma ação humana. Logo, impende ressaltar a pertinência da consideração da estrutura final da conduta humana pelas normas de Direito Penal, porquanto tais espécies normativas não podem estar dirigidas a processos causais cegos.

A teoria finalista da ação foi desenvolvida pelo jurista e filósofo alemão Hans Welzel e publicada em 1931, alcançando maior expansão após a Segunda Guerra Mundial, inspirando a reforma penal brasileira de 1984 e a consequente modificação da Parte Geral do Código Penal. Após a Segunda Guerra, produzia-se na Alemanha uma crise do positivismo jurídico, como uma consequência das experiências do nacional-socialismo. Nesse ínterim, a teoria welzeliana estabelece alguns limites ontológicos à liberdade do legislador, que serão analisados mais adiante.

Essa teoria se distancia da concepção do positivismo jurídico na medida em que rejeita o pressuposto de que o estudo do Direito positivo constitua o objeto da dogmática penalista; por outro lado, também se distancia do neokantismo ao criticar a volatilidade das suas perspectivas axiológicas. Alternativamente, a teoria finalista da ação parte da ideia de que o ponto central da dogmática penal, sobre o qual seriam construídas as categorias do delito, seriam as estruturas lógico-objetivas. Essas estruturas seriam ontológicas e integrariam a natureza permanente das coisas de maneira axiomática, vinculando o legislador e a ciência jurídica. Dessa forma, a mesma posição que os axiomas ostentam para a epistemologia praxeológica, as estruturas lógico-objetivas ostentariam para o Direito Penal: seriam axiomas de onde deveriam ser extraídas implicações lógicas para sistematizar o delito.

Várias estruturas lógico-objetivas podem ser enumeradas. A primeira seria o conceito ontológico da ação. Para Hans Welzel, "la acción humana es ejercicio de actividad final".[12] Esse é o conceito de ação humana que compõe o cerne de toda a formulação doutrinária welzeliana. A teoria finalística explora a ação ainda em sua fase pré-jurídica, e já nesse momento antinormativo a ação está dotada de sentido final. A partir dessa concepção, Hans Welzel desenvolve o conceito de delito. Nesse contexto, constata-se que a ação adquire um caráter altamente finalista que se aproxima do conceito de ação humana adotado pela praxeologia, isto é, um comportamento humano voluntário e consciente que visa atingir uma finalidade. Seguindo o mesmo raciocínio praxeológico, a teoria welzeliana sustenta a ideia de que a omissão também é ação, tendo em vista

12. "A ação humana é exercício de atividade final." WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Trad. José Cerezo Mir. Argentina: Editorial BdeF, 2004, p. 41.

que quando o homem deixa de controlar seu corpo e suas reações, embora pudesse fazê-lo, o seu comportamento assumiria caráter proposital.

A ação, que constitui o suporte do tipo penal, é compreendida como um comportamento humano propositado, construído por um agir ou omitir, que visa atingir a finalidade do indivíduo através da lesão ou exposição a perigo de lesão de determinado bem jurídico, violando direito subjetivo de outrem. Sob uma perspectiva praxeológica, o crime não constitui o próprio fim em si mesmo, – tendo em vista a abstenção da praxeologia de envolver-se com julgamentos de valor –, mas sim, a escolha de meios que ocasionam dano ou um perigo de dano a um bem jurídico que o corpo social atribuiu relevante valor, com o intuito de atingir finalidade visada pelo agente.

A direção da ação, desse modo, realiza-se em duas fases:

> La primera transcurre completamente en la esfera del pensamiento. Empieza con: a) la anticipación del (el proponerse el) fin que el autor quiere realizar. A ello sigue –a partir del fin- b) la selección de los medios necesarios para su realización. El autor determina sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, los factores causales que son necesarios para su consecución, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal (medios de la acción). Este proceso mental se llama "de retroceso" porque el fin ya está determinado y desde él se lleva a cabo la selección de los factores causales necesarios como medios de la acción.[13]

Nesse contexto, ao desenvolver o conceito de ação como um exercício finalista, a teoria welzeliana critica o conceito causal da ação, isto é, a percepção do injusto como um evento naturalístico, que considera puramente os precedentes causais como determinantes na caracterização do delito. A doutrina causalista da ação tem fortes aspectos do método positivista-indutivista, no sentido de que a realidade deveria ser percebida através dos fenômenos sensorialmente apreensíveis e da captação de relações de sucessão ou de semelhança dos even-

13. "A primeira transcorre completamente na esfera do pensamento. Começa com: a) a antecipação do (o proposto) fim que o autor quer realizar. A esta se segue- a partir do fim – b) a seleção dos meios necessários para a sua realização. O autor determina sobre a base de seu saber causal e em um movimento de retrocesso desde o fim, os fatores causais que são necessários para a sua consecução, incluindo o movimento corporal com o qual poderá lançar toda a cadeia causal (meios de ação). Este processo mental se chama "de retrocesso" porque o fim já está determinado e desde ele se leva a cabo a seleção dos fatores causais necessários como meios da ação." Idem, p. 42.

tos uns com os outros. A corrente positivista pretendia aplicar no Direito Penal os métodos de pesquisa utilizados na investigação das ciências naturais, por intermédio da observação e verificação empírica.

A partir de tal raciocínio,

> (...) a realidade humana é (...) reduzida a fenômenos naturais predeterminados (entre elas a ciência do direito), se reduzem à pesquisa de leis que expressam as relações de semelhança ou de sucessão, constantes e obrigatórias entre os dados. Os conceitos em que se traduz a legalidade da natureza retratam a realidade atual, isto é, o ôntico reduzido ao sensorialmente apreensível.[14]

Para Hans Welzel, essa concepção metodológica seria inadequada no âmbito do Direito, devido à complexidade da ação humana e do fato jurídico. A interpretação da vida social não deve ser efetuada através de uma perspectiva meramente determinista, mas segundo conteúdos de sentido, de acordo com preceitos e regras da lógica formal. Ao criticar a concepção naturalística, o finalismo welzeliano se aproxima da praxeologia, haja vista a defesa de que a metodologia deve ser de natureza dedutivo-abstrata: uma vez descobertas as estruturas lógico-objetivas a priori do ser, o conhecimento dogmático penal será obtido através de um raciocínio dedutivo. Para Welzel, a ação humana é uma estrutura-lógico objetiva cuja natureza se caracteriza em estar dirigida pela finalidade. Nesse contexto, o injusto deixa de ser naturalístico – característico da doutrina causalista – para ser um injusto pessoal, integrado pelos fins visados pelo indivíduo.

Segundo o raciocínio proposto pela teoria finalista welzeliana, a vontade surge como o cerne da ação final, porquanto a ação se sustenta na capacidade da vontade de antever, dentro de certas circunstâncias, as consequências da sua intervenção no curso causal e de encaminhá-lo, por conseguinte, à execução de um fim proposto. Portanto, a causalidade surge, da mesma maneira que na teoria praxeológica, como uma exigência da categoria ontológica da ação. Sem a causalidade, enquanto percepção de uma conexão de anterioridade e consequência, dentro de certos limites, entre determinadas ações, eventos, processos e resultados, o ser humano estaria fadado à total inércia e desorientação, não podendo exercer a sua vontade. Nesse contexto, o indivíduo só pode agir, e, portanto, delinquir, de forma livre e consciente, através da percepção da causalidade, enquanto requisito da ação humana.

14. SILVA, Wirna Maria Alves da. *Conduta e finalidade em matéria penal*. Disponível em: [www.faete.edu.br/revista/Prof.%20Wirna.pdf]. Acesso em: 03 mai. 2015.

Nesse contexto, a teoria welzeliana, denota contundentemente o caráter antropológico assumido pela teoria praxeológica, ao evidenciar que a ação enquanto manifestação criminosa na realidade está restrita ao exercício humano, só ele podendo agir nesse sentido estrito: selecionando uma ação dentre uma ampla gama de condutas e omissões possíveis para atingir seus fins.

4. O CRIME NA TEORIA WELZELIANA

A teoria finalista conserva a visão tripartida do delito, isto é, o crime como ação típica, antijurídica e culpável. Em Welzel, essa concepção ganha um sentido de interação entre os elementos objetivos e subjetivos que compõem o delito, evidenciando o aspecto finalístico da ação como um elemento fundamental. Nesse sentido,

> La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito. La culpabilidad- la responsabilidad personal por el hecho antijurídico- presupone a antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad tiene que estar, a su vez, concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están vinculadas lógicamente, de tal modo, que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.[15]

4.1. Antijuridicidade

A ação, compreendida em sua totalidade, constitui-se em uma unidade integrada de elementos objetivos (exteriores) e subjetivos (psíquicos). A antijuridicidade seria, dessa forma, a apreciação negativa de uma ação -analisada em sua totalidade- em oposição ao ordenamento jurídico. A ação seria antijurídica, portanto, quando fosse contrária ao Direito. A distinção fulcral estabelecida por Welzel seria o momento de análise da questão da antijuridicidade da ação, que, para ele, seria prévio.

15. "A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem a ação em um delito. A culpabilidade- a responsabilidade pessoal por um feito antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do feito, do mesmo modo que a antijuridicidade tem que estar, por sua vez, concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão vinculadas logicamente, de tal modo, que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior". WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Op. cit., p. 68.

4.2. Tipicidade

O tipo, para Welzel, seria a descrição da matéria de proibição; a formalização jurídico-penal dos elementos constituintes da ação, acrescidos de fundamentos caracterizadores de cada delito em espécie. O tipo penal se identificaria com aquelas condutas que estariam à margem dos princípios éticos-sociais vigentes em uma sociedade, condutas inadequadas e, portanto, penalmente relevantes. O fato típico teria duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva.

A objetiva seria a representação da conduta, do nexo causal e da adequação típica. Já a dimensão subjetiva, por sua vez, estaria implícita na dimensão supracitada e representaria os requisitos de dolo e culpa. A subjetiva ocorre na esfera psíquica do indivíduo, representando os fins visados pelo agente, enquanto a objetiva ocorre no mundo real, representando a determinação dos fins e dos meios escolhidos.

O dolo explorado por Hans Welzel é o *dolos naturalis*, isto é, a pura direção finalista da vontade, que pode ser tanto o dolo tradicional, como a culpa *stricto sensu*. O dolo seria a finalidade referida ou executada através de um tipo delitivo. Dessa forma, sempre que o indivíduo decide agir, de forma consciente e motivado pela vontade de realizar a ação, a ação será finalista dolosa, constituindo, portanto, um delito doloso. Já a culpa, por sua vez, é a finalidade referida a fim atípico, porém, executada por meios ilícitos. Portanto, quando a ação for motivada por fins permitidos pelo ordenamento jurídico, contudo, concretizando resultados ou execuções não permitidas pelo sistema penal, esta constituirá uma ação finalista culposa, e, portanto, um delito culposo. Por conseguinte, a teoria finalista lança a subjetividade como um requisito da tipicidade do fato.

4.2.1. O problema dos delitos culposos

Os delitos culposos podem ser compreendidos através da perspectiva das limitações do ser humano. Mises explora a limitação da capacidade humana em sua epistemologia praxeológica ao argumentar que "existem fenômenos que não podem ser analisados nem ter sua origem rastreada até outros fenômenos. Estes são os dados irredutíveis".[16]

A partir desse raciocínio, pode-se desenvolver esse panorama através da lição de João Maurício Adeodato,[17] que parte de três problemas: o evento real,

16. MISES, Ludwig Von. Op. cit, p. 5.

17. AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *O ato de decisão judicial:* uma irracionalidade disfarçada. Salvador: Faculdade de Direito/UFBA, 2009, 267 p. Originalmente

a ideia e o símbolo. Essas três categorias conduzem o processo de conhecimento que ensejam a ação humana. O evento real é o acontecimento único e irrepetível que de forma autônoma se impõe ao sujeito cognoscente. A ideia, por sua vez, é uma generalização ideal, uma síntese criada pelo sujeito que, através de seu aparelho cognoscente, tenta captar e dar sentido aos estímulos provocados pelo ambiente. Já os símbolos – considerados em sua forma ampla: gestos, sinais, expressões corporais, vernáculos, entre outros – são os veículos portadores das ideias concebidas pelo indivíduo.

Sendo assim, compreende-se que o símbolo veicula a ideia sempre de forma imperfeita, da mesma forma que as ideias captam os eventos reais de maneira também imperfeita. Isso em virtude de abismos gnosiológicos que separam as ideias do indivíduo de sua realidade exterior, bem como separam os seus símbolos das ideias concebidas.

As ideias captam os eventos reais de maneira imperfeita, tendo em vista a limitação do aparato cognoscente humano, que não é capaz de absorver com total exatidão os estímulos singulares e irrepetíveis que ocorrem no ambiente, formulando suas ideias individualmente através de generalizações. O símbolo também insere a ideia no mundo real de uma maneira:

> (...) mais generalizada do que a ideia em si, vez que esta permanece individual quanto ao sujeito, ao passo que o símbolo possui a pretensão de comunicabilidade generalizável para um universo específico de receptores de um dado contexto linguístico.[18]

Em razão dos abismos gnosiológicos que ensejam a inexatidão humana na análise das categorias que culminam no processo de conhecimento, o homem está vulnerável a ações imperfeitas, a erros e empregos indevidos de determinados meios. O homem atribui relevância aos fins que persegue e ao comportamento que ele compreende que seja probabilisticamente o meio mais apropriado para atingi-los.

Nesse contexto, os delitos culposos se consubstanciam através da ação humana que finalisticamente se dirige a objetivos que não se contrapõem às normas penais, entretanto, devido a um descuido, falha em seu modo de operação, inexatidão ou emprego indevido de determinados meios, pode produzir consequências penalmente relevantes. Sob a perspectiva welzeliana, no delito

apresentado como dissertação de mestrado em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

18. Idem.

culposo "el fin último es normalmente irrelevante, pero no lo es la ejecución (total) de la acción".[19]

Destarte, a ação humana, mesmo nos delitos culposos, mantém seu caráter finalista e de comportamento propositado, como defendido pela praxeologia miseniana e pela teoria finalista de Hans Welzel, partindo da perspectiva de que o indivíduo também age direcionado à obtenção de fins, sendo que estes são lícitos, e devido à imprecisão característica da condição humana acabam produzindo determinados efeitos indesejados.

Sendo assim, Hans Welzel argumenta que

> (...) como el hombre puede predeterminar y estructurar finalmente sólo una pequeña parte del futuro, y debe dejar la prosecución causal de su intervención siempre en parte a la incertidumbre, solamente a través de una omisión de toda actividad, podría estar absolutamente seguro de que no lesionará bienes jurídicos.[20]

Nesse sentido, o ordenamento jurídico exige que o indivíduo se comporte com o mínimo de diligência esperado em suas direções finalistas, com o fito de preservar a integridade dos bens jurídicos. Sob a perspectiva welzeliana, o delito culposo consiste "en la divergencia entre la acción realmente emprendida y la que debia haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el trafico."[21]

Partindo desse panorama, os abismos gnosiológicos e as expressões simbólicas emitidas pelos sujeitos não podem ser ignorados pelo ordenamento jurídico. Isso porque tais fenômenos possuem um caráter crucial no processo de conhecimento, motivando e aperfeiçoando as ações humanas, enquanto estas são protagonistas no direcionamento dos cursos causais do ambiente, ensejando efeitos na vida social e no corpo jurídico penal.

---

19. "O fim último é normalmente irrelevante, mas não é a execução (total) da ação." WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Trad. José Cerezo Mir. Argentina: Editorial BdeF, 2004, p. 60.

20. "Como o homem pode determinar e estruturar finalisticamente só uma pequena parte do futuro, e deve deixar o prosseguimento causal de sua intervenção sempre fornecida, em parte, à incerteza, somente através de uma omissão de toda atividade poderia estar absolutamente seguro de que não lesionará bens jurídicos." WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: Parte General. Op. cit., p. 135.

21. "A divergência entre a ação realmente empreendida e a que deveria ter sido realizada em virtude do cuidado necessário no tráfico social." WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Op. cit., p. 112.

4.3. *Culpabilidade*

No campo da culpabilidade, o finalismo se destaca por ter concebido uma noção puramente normativa. Essa concepção se deve ao deslocamento do dolo e da culpa para o injusto penal, evidenciando neste âmbito o requisito subjetivo e finalístico, restando aqui uma teoria normativa pura da culpabilidade. Nesse plano, ocorreria a apreciação da reprovabilidade social da ação, levando em conta o que o sujeito poderia ou deveria ter feito na situação em foco. Portanto, se verificaria se a vontade que norteou a ação representa algo socialmente reprovável; se o indivíduo poderia, na situação fixada, ter dirigido sua conduta a fins conformes ao Direito.

Na culpabilidade também seria avaliada a liberdade da vontade do agente. Este só seria culpável caso tivesse agido no pleno gozo de seu livre-arbítrio, enquanto um ser responsável. Por fim, o outro quesito a ser avaliado na culpabilidade seria a imputabilidade do agente.

5. RAÍZES FILOSÓFICAS COMUNS

A praxeologia miseniana e o finalismo welzeliano também se aproximam a partir da análise de algumas raízes filosóficas que podem ser percebidas em ambas as teorias. A primeira influência filosófica é a matriz aristotélica que compreende que a "ação do homem tende naturalmente a um fim (*telos*)",[22] sendo constatada prontamente nos conceitos de ação humana desenvolvidos pelas teorias estudadas.

No que toca à filosofia aristotélica, Hans Welzel argumenta que

> Aristotéles ha puesto a descubierto una esfera en la cual son posibles intuiciones hechas, es cierto, sobre la base de la experiencia, pero que, independientemente de toda experiencia, tienen validez general para todo caso empírico concreto; ideas descubiertas dentro da la historia, pero independientes de las condiciones históricas de su descubrimiento. Por ello, constituyen aquel ámbito de principios jurídicos suprapositivos, en el que ha sido y es también posible históricamente una penetración cada vez mayor. Se refieren, sobre todo, a la estructura y a los elementos categoriales de la acción humana y a las presuposiciones esenciales del juicio sobre la culpa.[23]

22. SILVA, Everton de Jesus. A ética aristotélica como caminho que conduz o homem a felicidade plena. *Revista Húmus*, São Luís, n. 7, jan./fev./mar./abr. 2013, p. 75.

23. "Aristóteles descobriu uma esfera na qual são feitas possíveis intuições, é certo, com base na experiência, mas que independentemente de toda experiência, tem validade

Segundo o raciocínio aristotélico, o "ser humano é feliz em estado de potência; por isso, necessita de algo mais para se superar enquanto potência."[24] Essa perspectiva se alinha aos pré-requisitos da ação explorados pela praxeologia, ao sustentar que a ação é o mecanismo pelo qual o indivíduo tenta superar seu estado de desconforto – felicidade[25] em potência – por um outro estado mais satisfatório, isto é, mais feliz. Paralelamente, na teoria welzeliana a ação se sustenta na capacidade da vontade de antever, dentro de certas circunstâncias, as consequências da sua intervenção no curso causal e de encaminhá-lo, por conseguinte, à execução de um fim proposto. Portanto, o indivíduo, feliz apenas em potência, também se utiliza da ação como mecanismo para atingir determinada finalidade, que para ele será mais gratificante do que o estado atual em que se encontra.

Influências da filosofia agostiniana também são perceptíveis nas teorias aqui abordadas. A filosofia de Santo Agostinho pode ser percebida devido à utilização do conceito de livre-arbítrio por Hans Welzel, ao estabelecer o elemento volitivo como fundamento punitivo do indivíduo, concebendo tal questão como um pressuposto da reprovabilidade na culpabilidade. Se o indivíduo não era capaz de exercer seu livre-arbítrio se autodeterminando de uma maneira específica, entende-se que ele não deve ser punido.

A filosofia Patrística também se manifesta ao compreender que a culpabilidade não seria uma decisão composta simplesmente de uma escolha em favor do mal, mas, precisamente, a conduta do indivíduo presa aos impulsos, quando ele tinha totais condições de autodeterminar-se responsavelmente na ação conforme fins lícitos (ou ter executado a ação de maneira finalisticamente mais cuidadosa, no caso de delitos culposos). O homem surge então, como um ser responsável, diferenciando-se, dessa forma, de todo o mundo animal.

---

geral para todo caso empírico concreto; ideias descobertas dentro da história, mas independentes das condições históricas de seu descobrimento. Assim, constituem uma área de princípios jurídicos legais, em que tem sido e é também historicamente possível uma penetração cada vez maior. Referem-se, especialmente, a estrutura e aos elementos categoriais da ação humana e aos pressupostos essenciais do juízo sobre a culpa." WELZEL, Hans. *Introduccion a la Filosofia del Derecho*. Trad. Felipe González Vicen. 4. ed. Madrid: Aguilar, 1974, p. 33.

24. SILVA, Everton de Jesus. Op. cit., p. 83.

25. Nesse contexto, a "felicidade" deve ser compreendida enquanto conceito meramente formal, isto é, o plexo de objetivos visados por um agente, haja vista a subjetividade e a influência idiossincrática para determinação de tal concepção.

Portanto, para Welzel e Agostinho, o mal não seria uma entidade com existência substancial. Pelo contrário, adquire um sentido de falha, derivado do livre-arbítrio e surgindo apenas a partir de uma abstenção de escolher agir bem, quando o agente poderia ter se autodeterminado dessa forma.

Destarte, a ideia de livre-arbítrio em Welzel coincide com a de Agostinho, ao compreender que esse fenômeno não seria um mero ato livre de escolha entre agir bem ou agir mal, e sim, a capacidade do ato de autodeterminar-se racionalmente aos fins, não se prendendo a determinados impulsos, ensejando, portanto, a responsabilidade penal. Nesse contexto, o indivíduo seria capaz de regular os seus próprios impulsos, ensejando a ideia da responsabilização do agente por ter exercitado a sua liberdade de maneira abusiva ou desconforme ao ordenamento jurídico.

Para a teoria welzeliana,

> El retroceso de las formas innatas de conducta y la aparición de un Yo como centro responsable, han hecho que la estructura anímica del hombre tenga una pluralidad de capas. Una "capa profunda" comprende los impulsos vitales de la conservación de la especie y la autoconservación, las pasiones, los deseos, las aspiraciones anímicas "más elevadas", las inclinaciones, los intereses, etc.., procedentes de los instintos que afectan al Yo, lo toman, lo cautivan, lo arrastran y tratan de impulsarlo a una acción, de modo que aparece como una víctima pasiva de los impulsos. Sobre estos impulsos de la capa profunda se elevan él "mismo", como centro regulador que los dirige conforme a sentido y valor: los actos del pensamiento, que se apoyan en razones lógico-objetivas y de la voluntad, que se orienta según sentido y valor.[26]

A praxeologia também manifesta essa concepção. Mises sustentava que o homem era um ser que poderia abster-se de ceder aos impulsos mais fervoro-

26. O retrocesso das formas inatas de conduta e aparição de um Eu, como centro responsável, têm feito com que a estrutura anímica do homem tenha uma pluralidade de camadas. Uma "camada profunda" compreende os impulsos vitais, de conservação da espécie e a autoconservação, as paixões, os desejos, as aspirações psíquicas "mais elevadas", as inclinações, os interesses etc., procedentes dos instintos que afetam o Eu, o tomam, o encantam, o arrastam e tratam de propeli-lo a uma ação, de modo que aparece como uma vítima passiva dos impulsos. Sobre estes impulsos da camada profunda se eleva ele "mesmo", como centro regulador que os dirige conforme sentido e valor: os atos do pensamento, que se apoiam em razões lógico-objetivas e da vontade, que se orienta segundo sentido e valor. WELZEL, Hans. El nuevo *sistema del Derecho Penal*. Op. cit.,p. 137.

sos que lhe exigissem satisfação, se autodeterminando a agir de maneira distinta. Nesse sentido,

> (...) o homem é um ser capaz de subjugar seus instintos, emoções e impulsos: que pode racionalizar seu comportamento. É capaz de renunciar a satisfação de impulso ardente para satisfazer outros desejos. (...) O que distingue o homem de uma besta é precisamente o fato de que ele ajusta seu comportamento deliberadamente. O homem é o ser que tem inibições, que pode controlar seus impulsos e desejos, que tem o poder de reprimir desejos e impulsos instintivos.[27]

Por conseguinte, a teoria praxeológica e finalista não parte do pressuposto que a ação delituosa decorre inteiramente de uma vontade pura e simples independente das estruturações do mundo circundante. Partem da concepção antropológica de que o homem é um ser responsável capaz de decidir e dirigir a sua ação segundo fins adequados, controlando, se necessário, os seus impulsos. À vista disso, as teorias supracitadas se afastam de uma concepção darwinista evolucionista por não sustentarem que haja no homem uma especialização maior e preponderante dos instintos anímicos, se caracterizando, a *contrario sensu*, por uma capacidade de dirigir-se finalisticamente através de atos livres de inteligência.

6. REFLEXOS NA FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA E DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A teoria finalista welzeliana, com suas nuances praxeológicas, influenciou a Reforma Penal de 1984 e trouxe diversos efeitos para a compreensão filosófica e dogmática penalista brasileira. Esse fenômeno ensejou uma humanização da perspectiva jurídico-penal, ao vincular a estrutura do delito a partir do conceito de ação, não como mero resultado de um processo causal, mas como uma ação voluntária. O Direito não poderia punir o indivíduo através de uma imputação de simples resultados de processos causais, mas pela execução de ações dirigidas pela vontade à produção de lesão ou perigo de lesão a determinados bens jurídicos. As teorias se aproximam de uma política criminal garantista, ao vincular o poder punitivo estatal e a compreensão dos elementos do delito a estruturas lógico-objetivas e ao axioma da ação.

O fundamento ontológico de ação das teorias seria um fator limitador da atividade legislativa punitiva: o Direito Penal só poderia punir o indivíduo

27. MISES, Ludwig Von. Op. cit., p. 5.

dentro de certos limites estabelecidos compreendidos através da ideia fundamental de ação humana. Portanto, abarca a proteção dos direitos e garantias individuais, requerendo uma busca constante do Direito Penal pela efetiva correspondência com o princípio da dignidade humana e pela concretização de um Estado Democrático de Direito, protegendo a liberdade do cidadão contra o arbítrio estatal, limitando, dessa forma, o *Jus Puniendi*.

As estruturas lógico-objetivas e os axiomas praxeológicos se destacam a partir do enfoque da concepção do ser humano como pessoa. A estrutura da ação como um comportamento propositado ou finalista só emerge a partir desse contexto. A estrutura lógico-objetiva da culpabilidade, por exemplo, é percebida através dessa concepção, ao compreender que somente um ser responsável poderia captar um preceito e, através de seu livre-arbítrio, infringi-lo. Dessa forma, o respeito à dignidade da pessoa humana e de sua condição de ser autônomo e responsável seria uma condição indispensável para a aplicação das ideias desenvolvidas pelos autores.

Nesse norte, a legitimidade do Direito seria proveniente do respeito a essas condições, partindo da premissa kantiana de que o homem é um fim em si mesmo e que não se devem instituir normas proibitivas ou punições que violem a dignidade do ser humano.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana são deduzidos princípios constitucionais penais. Tais princípios configuram autênticas normas jurídicas a partir das quais deve ser interpretada toda a teoria do crime, não havendo a possibilidade de dissociação entre as categorias penais e os princípios contemporaneamente consagrados na Constituição Federal de 1988. Nesse norte, é possível deduzir os princípios constitucionais da ofensividade e da culpabilidade.

O princípio da ofensividade determina que o ilícito penal só pode ser construído quando o fato for lesivo ou, no mínimo, perigoso a bem jurídico tutelado. Nesse contexto, o fato só pode ser considerado penalmente relevante quando for efeito de uma ação humana. Destarte, distancia-se de um Direito Penal de autor, proibindo a reprovação da essência do ser humano. A punição estatal se restringe, portanto, aos fatos oriundos das ações que ofendam bens jurídicos tutelados, e não da essência do ser humano em si.

Já o princípio da culpabilidade, por sua vez, se alicerça na ideia de que a aplicação da pena só é possível quando a conduta é reprovável ao autor, enquanto ente capaz de autodeterminar-se de acordo com as exigências jurídico-penais, e que este responderá proporcionalmente na medida de sua culpabilidade. Assim, emerge a questão do ser humano enquanto agente do

exercício de seu livre-arbítrio, que dá lugar à ação enquanto protagonista do direcionamento do curso causal a determinados fins. O finalismo contribuiu eminentemente para a delimitação da culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal.

Entre os aspectos dogmáticos introduzidos pela teoria finalista, pode-se destacar a estrutura da culpabilidade nos elementos normativos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, constituindo, por conseguinte, uma teoria normativa pura, apartada do elemento subjetivo que tivera sido transportado para o tipo penal. Por conseguinte, evidencia-se o transporte do dolo e da culpa *stricto sensu* para o tipo, como elemento subjetivo:

> (...) configurando-se em imposição restritiva material, impede, como visto, a responsabilidade objetiva, exigindo mesmo, para que o fato seja típico, a responsabilização subjetiva do agente por dolo ou, no mínimo, culpa. Dolo ou culpa do agente e, portanto, responsabilidade subjetiva são requisitos para a imputação, sem os quais não há falar em fato típico e, por conseguinte, em infração penal. Desse modo, os resultados imprevisíveis, fruto de atos reflexos, aqueles advindos do acaso (...) não poderão ser imputados a quem quer que seja.[28]

Ao estabelecer a separação entre dolo no tipo e consciência do ilícito na culpabilidade, a teoria influenciou significativamente a doutrina moderna do erro. O finalismo também contribuiu sobremaneira para uma melhor compreensão dos tipos de crimes. A distinção entre crimes dolosos e culposos só ganha força a partir da concepção que evidencia a finalidade do agente. O injusto da tentativa, por exemplo, só se consubstancia se houver o comportamento propositado do indivíduo. A distinção entre autor e partícipe, no plano do domínio do fato, só pode ser analisada considerando a intenção finalista do agente, compreendendo o dolo como elemento do tipo. O injusto passou a ser pessoal e implicou na exigência do dolo ou da culpa para que uma conduta ofensiva a um bem jurídico pudesse ser considerada penalmente injusta (típica e ilícita). Nesse sentido, merece destaque o informativo n. 683 do Supremo Tribunal Federal, que reconhece os reflexos do finalismo na dogmática jurídico-penal:

> (...) ao introduzir o dolo na ação típica final, como se poderia depreender da definição de erro de tipo, ao se aceitar o erro de proibição e ao abandonar o rigorismo da teoria monística em relação ao

28. LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional*: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 108.

concurso de pessoas, teria reconhecido que o agente responderia na medida de sua culpabilidade. Inferiu, deste modo, que o legislador acolhera as mais relevantes teses finalistas, o que levaria à conclusão de que abraçara também a teoria do domínio do fato.[29]

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A praxeologia é o campo do conhecimento que estuda a ação humana, desenvolvido pelo economista Ludwig Von Mises no século XX, de forma geral e sistemática, através da descoberta de axiomas *a priori* que serão a fonte dedutiva dos conceitos e ideias utilizados. Apesar de ter sido desenvolvida inicialmente para compreensão do campo econômico, a praxeologia é aplicável à compreensão do fenômeno jurídico, já que ambos os campos são decorrências da ação humana e a tem como objeto, enquanto transformadora do contexto social.

A teoria praxeológica define a ação humana como um comportamento propositado, enfatizando, dessa forma, o caráter finalista da atividade. Por conseguinte, surge a necessidade da defesa jurídica dos direitos individuais, a partir da perspectiva da ação humana enquanto comportamento finalístico e voluntário que viola um bem jurídico ou direito subjetivo de outrem, ensejando a legitimidade da punição dos infratores, estando esta restrita aos limites da ação. A concepção da ação humana enquanto comportamento propositado é compartilhada pela teoria finalista da ação, desenvolvida por Hans Welzel também no século XX. A teoria welzeliana compreende a ação humana como o exercício da atividade finalista.

A teoria finalista da ação também parte de pressupostos gerais válidos aprioristicamente, o que foi denominado por Welzel de estruturas lógico-objetivas, por intermédio das quais deveriam ser deduzidos os fundamentos centrais da dogmática penal. As teorias também se encontram na rejeição à metodologia positivista e indutiva, nas raízes filosóficas aristotélicas e agostinianas – ao compreender a ação como um fenômeno que tende naturalmente a um fim e o agente como um indivíduo autônomo e capaz de autodeterminar-se segundo seu livre-arbítrio – na compreensão da causalidade como uma exigência da ação, no reconhecimento do caráter antropológico do agente e no reconhecimento do aspecto racional do indivíduo na ação.

29. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 683. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo683.htm]. Acesso em: 26 abr. 2015.

Ademais, o finalismo contribuiu para a fundamentação filosófica e dogmática do Direito Penal contemporâneo brasileiro, compreendido através da Constituição Federal de 1988 e das categorias da teoria do delito, ocasionando uma humanização da perspectiva jurídico-penal. Aproxima-se, portanto, da política criminal garantista e preza pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, promove a eminência dos princípios constitucionais penais da ofensividade e da culpabilidade, normas jurídicas que norteiam e vinculam toda a compreensão penalista. O finalismo também ensejou o transporte do dolo e da culpa para o tipo, o surgimento da teoria normativa pura da culpabilidade – sistematizando seus elementos normativos –, influenciou a doutrina moderna do erro e possibilitou um melhor enquadramento analítico da tentativa, da autoria e da participação.

Não obstante outras visões tendam a desenvolver ou superar a teoria aqui abordada, o finalismo constituiu inegáveis avanços à teoria do delito. Nesse diapasão, suas contribuições podem ser compreendidas através de uma perspectiva praxeológica, fundada na sua epistemologia e no seu conceito de ação, máxime porquanto as normas jurídicas de Direito Penal não disciplinam processos causais cegos, mas a ação humana enquanto fenômeno delituoso. Desse modo, esse paralelo é relevante ao fomentar de maneira interdisciplinar a análise das questões que o Direito Penal objetiva esclarecer e ao investigar se existem outras perspectivas através das quais as questões também podem ser discutidas.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Iduna Weinert. A teoria da ação finalista de Hans Welzel. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13, n. 51, p. 179-198, jul./set. 1976.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *O ato de decisão judicial:* uma irracionalidade disfarçada. Salvador: Faculdade de Direito/UFBA, 2009, 267 p. Originalmente apresentado como dissertação de mestrado em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

BERTINI, Tullio. *Prêmio Nobel para a praxeologia.* Instituto Ludwig Von Mises, Brasil, 22 nov. 2012. Disponível em: [www.mises.org.br/Article.aspx?id=1464]. Acesso em: 02 mai. 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 683. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo683.htm]. Acesso em: 26 abr. 2015.

DUN, Frank Van. *Bruno Leoni, Praxeology and the Law*. 2013. Disponível em: [http://users.ugent.be/~frvandun/tekstmenu.html]. Acesso em: 02 mai. 2015.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. O conceito de liberdade em Santo Agostinho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, p. 1079-1091, jan./dez. 2006.

FILLIEULE, Renaud. Misesian praxeology: an illustration from the field of sociology of delinquency. Auburn, Alabama. *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, v. 15, n. 4, p. 410-431, 2012.

FREIRE, Lucas Grassi. A Praxeologia e a Escola Austríaca: uma análise introdutória. *Revista Multiface*, Minas Gerais, n. 1, p. 15-19, 2007.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito Penal Constitucional*: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLAGI, André. *Economia comportamental, praxeologia e os desafios da livre escolha*. Brasil, 11 mar. 2015. Disponível em: [Www.institutoliberal.org.br/blog/economia-comportamental-praxeologia-e-os-desafios-da-livre-escolha]. Acesso em: 24 abr. 2015.

MIR, José Cerezo. Ontologismo e normativismo na teoria finalista. *Revista dos tribunais online*. p. 9, jan. 2004.

MISES, Ludwig Von. *Ação Humana*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

MURPHY, Robert P. *Praxeologia* - A constatação nada trivial de Mises. Instituto Ludwig Von Mises, Brasil, 9 jun. 2010. Disponível em: [www.mises.org.br/Article.aspx?id=230]. Acesso em: 24 abr. 2015.

_____. *Psicologia versus Praxeologia*. Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 10 fev. 2009. Disponível em: [www.mises.org.br/Article.aspx?id=231]. Acesso em: 24 abr.2015.

OLIVEIRA, Daniela Rezende. Culpabilidade, livre-arbítrio e responsabilidade jurídica: Notas sobre o pensamento jusfilosófico de Hans Welzel. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da França*, v. 6, n. 11, p. 107-124, dez./2012.

PERES, César. A teoria finalista da ação. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 699, 4 jun. 2005. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/6797]. Acesso em: 25 abr. 2015.

PERINGER, Alfredo Marcolin. *A filosofia niilista e a ciência praxeológica*. Instituto Millenium, 02 ago. 2011. Disponível em: [www.institutomillenium.org.br/artigos/a-filosofia-nihilista-cincia-praxeolgica/]. Acesso em: 24 abr.2015.

ROTHBARD, Murray N. *O essencial Von Mises*. 3. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

SECHREST, Larry J. Praxeology, Economics, and Law: Issues and Implications. *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, v. 7, n. 4, p. 19-40, 2004.

SILVA, Everton de Jesus. A ética aristotélica como caminho que conduz o homem a felicidade plena. *Revista Húmus*, n. 7, p. 74- 86, jan./fev./mar./abr., 2013.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. Uma leitura do sistema teórico finalista da ação à luz da política criminal garantista. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2588, 02 ago. 2010. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/17082]. Acesso em: 23 abr. 2015.

SILVA, Wirna Maria Alves da. *Conduta e finalidade em matéria penal*. Disponível em: [www.faete.edu.br/revista/Prof.%20Wirna.pdf]. Acesso em: 03 abr. 2015.

SWIATKIEWICZ, Olgierd. Por que não uma abordagem praxeológica? *Revista Análise Psicológica*, Lisboa, v. XV, n. 4, p. 637-644, 1997.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Trad. José Cerezo Mir. Argentina: BdeF, 2004.

_____. *Introduccion a la Filosofia del Derecho*. Trad. Felipe González Vicen. 4. ed. Madrid: Aguilar, 1974.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Os fundamentos filosóficos e metodológicos da teoria finalista da ação, de Othon de Azevedo Lopes - *RBCCrim* 44/128-157 (DTR\2003\319);
- Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal, de Enrique Bacigalupo - *RBCCrim* 52/135-157, Doutrinas Essenciais de Direito Penal 2/929-948 (DTR\2005\878); e
- Welzel e o direito penal de hoje - Welzel and criminal law at present, de Luís Augusto Sanzo Brodt - *RCP* 16/177-203 (DTR\2012\450243).

Multa criminal, sua inadimplência e a exclusão social pelo impedimento em restabelecer direitos políticos

The criminal debt default and the social exclusion by the prevention to restore political rights

Ilton Garcia da Costa

Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Mestre em Administração. Matemático. Bacharel em Direito Especialista em Formação Profissional - Alemanha. Professor do programa de Doutorado, Mestrado e Graduação da UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Avaliador Institucional e de Cursos do MEC INEP. Vice-presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB-SP 2013 a 2015. Vice-presidente da Comissão de Estágio da OAB-SP 2014 a 2015. Advogado.
iltoncosta@uenp.edu.br

Ana Paula Pavanini Navas

Pós-graduada em Direito Constitucional e em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul. Bacharel em Direito pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Membro do GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais da UENP. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná.
anapaula_pavanini@me.com

Recebido em: 12.02.2016.
Aprovado em: 30.05.2016.
Última versão dos autores: 08.07.2016.

Área do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O artigo trata da situação de exclusão social do apenado frente à ingerência arrecadatória do Estado, mantendo os direitos políticos do condenado suspensos até que seja quitada multa imposta em sede de condenação criminal transitada em julgado. Em face disso, dispor-se-ão sobre direitos políticos, hipóteses de suspensão e restabelecimento. O mantimento da suspensão poderá infligir diretamente outros direitos fundamentais do indivíduo, como saúde,

Abstract: The article treats of the situation of social exclusion of the convicted facing the tax collection intervention practiced by the State, consisting in the maintenance of the suspension of one's political rights until the fine derived from criminal condemnation is paid. Having this fact in consideration, the article will treat about political rights in general, their hypothesis of suspension as well as procedures for their restoration. Maintaining the suspension can

trabalho e educação, já que a falta de quitação eleitoral reflete na regularidade da situação de cidadania plena. O texto propõe uma interpretação mitigada do art. 15, III, da Constituição Federal, que trata da suspensão dos direitos políticos do condenado criminalmente, considerando a multa apenas para fins fiscais. No artigo foi utilizado o método de pesquisa indutivo, além de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e referências empíricas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos políticos - Inadimplência da multa criminal - Exclusão social - Cidadania - Condenado.

directly inflict one's fundamental rights, since the right to health, and also the right to work and education, as not having the political rights reflects in the condition of citizenship. The texts presents a mitigated interpretation of the article 15, section III of the Constitution, which brings the suspension of the political rights of the criminally convicted until the end of the effects of the condemnation, in a way to consider the fine only for financial purposes. Induction and bibliographic and jurisprudential research were used, as well as some empiric references.

KEYWORDS: Political rights - Criminal debt default - Social exclusion - Citizenship - Convict.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos políticos fundamentais - 2.1. Hipóteses de suspensão de direitos políticos - 2.2. Restabelecimento de direitos políticos - 3. Direitos políticos e exclusão diante de multa criminal inadimplida - 3.1. Casos em que a multa ultrapassa a possibilidade de solvência do apenado x vedação constitucional - 3.2. O desincentivo à ressocialização diante da inadimplência da multa criminal - 4. Relativização e compatibilização de direitos - Estado x indivíduo - 4.1. O Estado participante da exclusão social - 4.2. A omissão estatal frente aos direitos fundamentais do apenado - 5. A promoção da inclusão pelo Estado - 6. Conclusão - 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Direitos fundamentais e os modos para garantir seu exercício são assuntos constantes da pauta de discussão de quase todas as nações do mundo. Sejam individuais, sejam coletivos, de cunho social ou político, sempre interessam aos estudiosos das ciências humanas e sociais, principalmente porque em muitos países tem havido desrespeito ao exercício de tais direitos pelos cidadãos. O Brasil, por exemplo, não propicia, a contento, o usufruto dos direitos políticos a seus nacionais, o que acaba refletindo em direitos fundamentais de outra ordem, como será mostrado no decorrer do presente texto.

Ocorre que, no ordenamento constitucional brasileiro contemporâneo, a supressão dos direitos políticos por meio de sua suspensão, nos termos descritos no art. 15, III, da CF, é diretamente proporcional ao cerceamento de outros direitos fundamentais, como direito ao trabalho e à educação, em determinadas circunstâncias. Suspender os direitos políticos de um indivíduo implica

necessariamente subtrair-lhe a quitação eleitoral, expressão esta cunhada para demonstrar a regularidade do cidadão na participação política do Brasil.

Várias são as possibilidades de suspensão dos direitos políticos de um cidadão, como condenação criminal transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação por improbidade administrativa, recusa de prestação de serviço alternativo à prestação militar por escusa de consciência e conscrição. No presente artigo, será tratado, com exclusividade, da suspensão decorrente da condenação criminal transitada em julgado enquanto perdurar os seus efeitos.

A questão será abordada sob o enfoque liberal e (não) utilitarista do qual se utilizou o constituinte ao fazer a norma. Será apontado, assim, que positivamente aplicado o dispositivo constitucional, sem qualquer interpretação sistemática, mas literal da norma, resta prejudicado ao condenado a efetivação não apenas de seus direitos políticos, mas, em determinados casos, de seus direitos sociais ao trabalho e à educação. Diante da inadimplência em sua participação política, ainda que indireta e forçada por conta da condenação criminal que sofreu, o condenado não poderá assumir um cargo diante da aprovação em concurso público, tampouco poderá ser matriculado em instituição de ensino superior pública, diante da falta de quitação eleitoral, entre outros impedimentos.

É notório que esta situação, não obstante repita-se diariamente nos cartórios eleitorais de todo o Brasil, vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana. O apenado, mesmo após o cumprimento da pena privativa de liberdade, se por ventura também tiver sido apenado com multa (o que ocorre na maioria dos delitos mais recorrentes e passíveis de condenação, como furto, roubo e tráfico ilícito de entorpecentes), não poderá ter seus direitos políticos restabelecidos enquanto perdurar a pena pecuniária.

Tal entendimento já ficou consolidado nos Tribunais Regionais Eleitorais de todos os Estados da Federação, diante de decisão no Processo 10002/2007-CGE, no qual o Ministro Ari Pargendler, na época Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral, explicitou que mesma a aplicação isolada da pena de multa é suficiente para a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem seus efeitos (entenda-se, seu inadimplemento), nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal, orientando a observação deste julgamento pelas Corregedorias Regionais Eleitorais.

Isso desincentiva o indivíduo a retomar uma vida digna e baseada no trabalho, sendo o Estado um promotor da exclusão social.

Por tal motivo, alguns estudos surgem no sentido de desatrelar a multa que incidiu em sede penal para fins de efeitos da condenação, para que, uma vez tenha o condenado cumprido a pena privativa de liberdade, e obtido certidão

de extinção de punibilidade pela vara da condenação ou execução, a pena pecuniária implique apenas eventuais restrições a crédito ou obrigações privadas, mas não restrição ao direito fundamental ao trabalho e educação e, em alguns casos, até mesmo ao direito à saúde, como será dissertado.

Assim, propõe-se mitigar a interpretação positiva do art. 15, III, da CF, pois não faz sentido que, para a Justiça Comum, um indivíduo tenha sua punibilidade extinta, deixando para trás o status de condenado, e que, para a Justiça Eleitoral, tal situação seja mantida diante do inadimplemento da multa.

2. DIREITOS POLÍTICOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe à baila o tema de direitos políticos no Capítulo IV, do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Trataram da participação democrática e popular os arts. 14 e 15, e, especificamente, tratando o art. 16 de processo eleitoral, portanto, à margem do objeto do presente art. (BRASIL, 1988).

Muitos questionam, no entanto, o entendimento de direitos políticos como fundamentais, deixando que tomem esses adjetivos direitos como vida, liberdade, igualdade, saúde e educação. No entanto, não resta dúvida de que, se explicitamente podem não merecer tal qualificação, implicitamente, o são. Ferreira Filho (2012, p. 122) ensina que a Constituição Brasileira admite a existência de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República seja parte. Corroborando este entendimento, Alves (2013, p. 138) associa os direitos políticos e a efetiva participação popular à democracia e cidadania.

Logo, tendo ficado claro o caráter de fundamentalidade dos direitos políticos, sem questionar se explícita ou implícita essa qualidade, passa-se à sua definição, para posterior desenvolvimento do artigo, e reflexo de sua suspensão para com os demais direitos fundamentais, numa espécie de efeito cascata.

Assim, Gomes (2015, p. 153) definiu direitos políticos ou cívicos como "a capacidade de votar e ser votado, significando a prerrogativa de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do estado. São adquiridos com o alistamento eleitoral".

No entanto, diante da definição supra, e para atender melhor ao objeto de pesquisa do presente artigo, cumpre atentar que este conceito traz em seu bojo uma divisão: direitos políticos ativos e direitos políticos passivos.

O primeiro nota-se quando o autor aponta a ação de votar *(jus suffragii)*, que na definição apresentada no Dicionário Jurídico por De Plácido e Silva (1989, v. IV, p. 508) significa:

> Do latim *votare*, de *vovere* (fazer voto, prometer em voto), é *escolher*, ou *eleger alguém*, para ocupação de cargo, para desempenho de representação, ou para o exercício de função, por escrutínio. Tem ainda o sentido de *dar opinião, dar parecer,* ou *deliberar* a respeito do que é submetido ao veredicto, ou aprovação da pessoa.
>
> Assim, *votar* exprime, propriamente, *manifestar a opinião,* ou *manifestar o desejo*, por meio de ato expresso, acerca da escolha de alguém para o desempenho de certa função, ou da aprovação de fato, ou ato, dependente desta formalidade. É *sufragar*.

Traduzindo em termos correntes, e para os fins específicos do presente trabalho, aceita-se votar como ato de escolher candidatos a cargos dos Poderes Legislativo e Executivo, a cada biênio, intercaladamente, em Eleições Municipais (vereadores e prefeitos) e Eleições Gerais (Presidente, governadores, senadores e deputados) – ressalvadas as eleições suplementares, exercendo o voto, via de regra, por meio da urna eletrônica, conforme definido em processo eleitoral válido.

A *contrario sensu*, direito político passivo entende-se o ato de ser votado, ser escolhido, ou seja, figurar como candidato a um cargo eletivo.

O art. 14 da CF (BRASIL, 1988) esmiuçou em detalhes as hipóteses e aplicabilidade dos direitos políticos ativos e passivos, e ligadas a estes últimos, tratou das condições de elegibilidade que, em termos mais corriqueiros, se resume no direito de ser votado *(jus honorum)*, e a progressividade temporal para obtenção de direitos. Tal fato, isto é, a questão de idade mínima para ser candidato, será apenas pincelado neste momento, pois não caberá maior aprofundamento sobre ele.

O art.15, em complemento ao anterior, trouxe à baila outros casos que impedem a elegibilidade também, porém, foi mais longe, ao restringir não apenas direitos políticos passivos, mas também ativos, para o que será dedicada a próxima seção, base para compreensão da polêmica tratada no artigo.

2.1. Hipóteses de suspensão de direitos políticos

Algumas situações ensejam a suspensão dos direitos políticos do nacional, tendo o art. 15 e incisos da Constituição Cidadã (BRASIL, 1988) se preocupado em descrevê-las, e por ser tratar de uma restrição a direitos, acredita-se seja

o rol taxativo, e não exemplificativo. São casos de cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5.º, VIII (sendo um exemplo deste caso a recusa em prestar o serviço militar obrigatório), e improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4.º.

Interessa para o presente estudo, no entanto, a hipótese descrita no inc. III. Assim, dispõe a Carta Federal (Ibidem):

> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
>
> (...)
>
> III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

As consequências práticas desta determinação constitucional implicam a suspensão do direito de ir às urnas por ocasião de Eleições Municipais e Gerais e exercer o direito de voto, desautorizando o cidadão com 18 anos completos ou mais a participar na formação do corpo de representantes políticos do Brasil, bem como impedir que este mesmo cidadão candidate-se a algum cargo para os Poderes Legislativo e Executivo, em quaisquer esferas da União.

Acerca dos motivos para essa restrição, há uma tendência que as constituições delimitem a capacidade de votar de acordo como o pleno gozo de direitos e deveres cívicos. Logo, em sendo privado de liberdade um indivíduo, o mais importante dos direitos lhe é suprimido e, portanto, reflexamente, suspender-lhe-á seu direito de votar, até mesmo pela impossibilidade de sair do cárcere para ir às urnas. Tal fato, embora não impossível, geraria insegurança quanto ao efetivo cumprimento da pena, facilitando fugas e gerando uma dificuldade de fiscalização do cumprimento da pena, diante da falta de agentes estatais.

Atualmente, o exercício do direito ao voto tem sido possibilitado a presos provisórios, ou seja, não condenados, o que tem sido implementado gradativamente em alguns estabelecimentos prisionais. No entanto, não será falado sobre esse assunto, considerando que o artigo trata da suspensão dos direitos políticos por condenação com trânsito em julgado, e adentrar no tema apontado neste parágrafo mudaria o propósito deste trabalho, motivo pelo qual, após este breve esclarecimento, retoma-se, em seguida, o assunto de interesse.

Assim, a Magna Carta tratou, no dispositivo transcrito no início do presente tópico, sobre a suspensão dos direitos políticos do condenado, enquanto durarem os efeitos da condenação. Logo, enquanto não declarada extinta a punibilidade da conduta criminal perpetrada pelo cidadão, não poderá ele exercer

seus direitos políticos, fato que, de início não se mostra tão gravoso, não fosse o fato de que a restrição a tais direitos, considerando a obrigatoriedade do voto no Brasil, tivesse reflexo direto na restrição a outros direitos fundamentais, o que se verá adiante.

2.2. Restabelecimento de direitos políticos

Uma vez suspensos os direitos políticos de um nacional, mister que a causa que deu origem à suspensão extinga-se, para que, então, o cidadão recupere seu *jus suffragii* e *jus honorum*, e obtenha, assim, quitação eleitoral, termo que se refere à regularidade no cumprimento dos deveres cívicos do cidadão. Uma vez considerada a regra da obrigatoriedade do voto perante a Constituição Brasileira (art. 14, §1.º, I), a quitação eleitoral pode ser entendida, também, como o alistamento eleitoral combinado com o regular exercício de direito de voto, estando o cidadão, ainda, na capacidade de pleitear um cargo para os Poderes Legislativo e Executivo, dentro da sua faixa etária (art. 14, § 3.º, VI).

No caso daqueles cidadãos que foram condenados antes de estar alistados como eleitor, há um Cadastro denominado Base de Perda e Suspensão, que se destina à anotação de sua condenação e posterior extinção. Apenas quando neste cadastro constar a anotação como inativa, poderá ser efetuado alistamento, nos termos legais.

Assim, percebe-se que, mesmo nunca tendo se alistado um cidadão, ele pode ter seus direitos políticos suspensos, já que não será autorizado a ter seu título de eleitor expedido enquanto estiver cumprindo a pena.

3. DIREITOS POLÍTICOS E EXCLUSÃO DIANTE DE MULTA CRIMINAL INADIMPLIDA

No caso de direitos políticos suspensos por condenação criminal transitada em julgado, é necessário que todos os efeitos da condenação sejam extintos, consoante entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), diante da decisão exarada no Processo 10002/2007 da Corregedoria Geral Eleitoral. Para fins eleitorais, segundo este julgado, a multa aplicada como punição principal ou acessória referente a crime é considerada, também, como efeito da condenação, e seu inadimplemento impede o restabelecimento de direitos políticos. O Ministro Ari Pargendler, em virtude do julgamento do processo mencionado era Corregedor Geral da Justiça Eleitoral, assim decidiu consolidar o entendimento para o mantenimento da suspensão dos direitos políticos do condenado criminalmente inadimplente em relação à multa de natureza penal.

Fundou o entendimento da Corte na Informação n. 175/2008-CGE, que ao trazer em seu bojo as diversas posições a respeito da natureza da multa aplicada em sede de processo crime, considerou não desnaturada o caráter penal do débito, muito embora seja a mesma dívida de valor, cabendo sua execução a órgão estranho à Justiça Comum. A Fazenda Pública, então, passa a ser responsável pela cobrança do débito.

Dessa forma, enquanto não houver quitação desta dívida de valor, que manteve seu caráter penal, continuará o condenado com seus direitos políticos suspensos e, logo, sem direito à quitação eleitoral. Não importa tenha o cidadão sido condenado apenas e tão somente à pena de multa, ou que a pena de multa tenha sido cumulativa à pena privativa de liberdade.

O que não faz sentido, no entanto, é que um indivíduo que cumpriu integralmente sua pena privativa de liberdade, não importa por quantos anos, dois, três, quinze etc., e que, após todo esse tempo privado de sua liberdade, obtenha, perante a Justiça Comum, certidão referente à sentença declaratória extintiva de sua punibilidade, mas continue, aos olhos da Justiça Eleitoral, como culpado.

Dessa maneira, o egresso, ao procurar um Cartório Eleitoral para regularizar sua situação perante a Justiça Eleitoral, verá negado o restabelecimento de seus direitos políticos, já que para esta Justiça não cumpriu integralmente sua pena, num quadro claro de exclusão praticado pelo Estado. Ora, Bruno (1976, p. 82) já considerava a pena de multa uma vantagem, sendo uma delas o fato de "não segregar o condenado do seu meio familiar e social, da vida em comum, do seu trabalho livre, e não trazer-lhe desmoralização pública e não submetê-lo aos efeitos perversores e aviltantes do encarceramento". No entanto, quando não adimplida, é considerada, pelo TSE, motivo causador ou mantenedor da suspensão de direitos políticos, e as consequências então decorrentes disso.

Nesse sentido, nota-se uma preservação desproporcional do caráter condenatório da pena de multa criminal, no sentido de que o seu mantenimento não coaduna com os esforços para inclusão social do egresso, contrariando o princípio da proporcionalidade mínima, esposado nas lições de Zaffaroni e Batista, segundo o qual a pena não deve ser usada para punir atos insignificantes, ou, mais aplicável ao caso em estudo, só poderá ser utilizada para punir, proporcionalmente, lesão causada ao bem jurídico. Ora, para a Justiça Comum, que condenou e puniu o indivíduo, a pena já foi devidamente aplicada e regularmente cumprida quando findo o cumprimento do preceito primário, sendo prolatada sentença que extinga a punibilidade do apenado. Estranhamente, para a Justiça Eleitoral, remanesce a condenação quando pendente a multa, numa enorme desproporcionalidade em contraposição ao bem jurídico

tutelado, este, protegido pela Justiça Comum, mantendo a criminalização do indivíduo.

Ensinam Zaffaroni e Batista (2011, p. 230):

> A criminalização alcança um limite de racionalidade intolerável quando o conflito sob cuja base opera é de lesividade ínfima ou quando, não o sendo, a afetação de direitos nele envolvida é grosseiramente desproporcional à magnitude da lesividade da lesividade do conflito.

Ainda sobre esta desproporção, falando sobre a irracionalidade no Direito Penal, ensina Musco (2014, p. 3) que:

> Intervenciones del Derecho penal infundadas o simplemente excesivas "*pueden oprimir por años e incluso arruinar la vida de las personas afectadas, pueden anular las bases sobre las que se funda la reputación social de una persona y también sus médios de supervivencia* (HASSEMER)."[1]

A seguir, passa-se à análise da desproporcionalidade do montante da pena de multa criminal frente às condições do apenado.

3.1. Casos em que a multa ultrapassa a possibilidade de solvência do apenado x vedação constitucional

Utilizando uma definição sucinta e atual de multa criminal que atenda aos fins do presente trabalho, Ferreira Júnior et al (2016, p. 3) consideram que "multa é uma pena de caráter pecuniário e consiste no pagamento ao fundo penitenciário da importância em que foi fixada o seu montante na sentença penal condenatória". Diante disso e das lições do tópico anterior, cabe aprofundar um pouco no assunto da inadimplência da multa pelo apenado, fazendo um paralelo com o inc. XLV, do art. 5.º, da CF (BRASIL, 1988), que reza que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

1. Intervenções do Direito penal infundadas ou simplesmente excessivas "*podem oprimir por anos e inclusive arruinar a vida das pessoas afetadas, podem anular as bases sobre as que se funda a reputação social de uma pessoa e também seus meios de sobrevivência*" (HASSEMER).

No atual cenário penitenciário brasileiro, nota-se que boa parte dos condenados incidiram no tráfico ilícito de entorpecentes, tipo penal que cumula pena pecuniária de valores vultuosos. Assim, observando os casos de cidadãos que comparecem ao Cartório Eleitoral para regularizar seus direitos políticos, percebe-se que alguns jamais terão condições de saldar seu débito penal, diante da comparação do salário mínimo brasileiro e da pena de multa arbitrada.

Considerando, ainda, que a grande maioria destes condenados são pobres, e quase consequentemente, não qualificados profissionalmente, não terão condições de ter uma ocupação laboral com remuneração suficiente para quitar a multa, sem que lhes seja afetada a necessidade de atendimento a outros gêneros de primeira necessidade, como alimentação, saúde, educação e moradia.

Nesse sentido, fica evidenciado que aquela multa ultrapassa, em muito, a capacidade de solvência do apenado, que desesperado em ter de volta seus direitos cívicos, poderá até mesmo voltar a delinquir para saldar sua dívida de valor, como muito se escuta dos cidadãos atendidos nessa situação. Alguns recorrem a familiares para pagamento desta multa.

Assim, embora o dispositivo constitucional vede expressamente que a pena passe da pessoa do condenado, de maneira que, uma vez falecendo o devedor, não se justifica a cobrança a seus sucessores, na prática, o mantenimento da suspensão de direitos políticos diante de existência de débito impagável tendo em vista as condições do apenado acaba por transferir, ainda que indiretamente, a pena aos familiares, a fim de que o indivíduo possa resgatar sua cidadania plena.

Não seria algo tão gravoso se a restrição aos direitos políticos fosse restrita apenas a este direito fundamental. Mas, como se verá no próximo tópico, a restrição a este direito implica restrição ao direito ao trabalho, à educação e até mesmo à saúde.

3.2. O desincentivo à ressocialização diante da inadimplência da multa criminal

Se não votar ou ser votado fosse todo o problema atinente à suspensão dos direitos políticos de um determinado cidadão, não se justificaria despender estas páginas a respeito do assunto, mesmo porque, diante da insatisfação popular frente ao quadro de corrupção que assola a política e os políticos do país, muitos brasileiros optam por não ir às urnas, arcando com irrisória multa eleitoral no valor de R$ 3,51 (valor este em julho do ano de 2016, que, no entanto, não se altera desde meados da década de 90) por turno de eleição. A maioria, ainda, nem sequer pensa em concorrer a algum cargo eletivo.

No entanto, conforme já exposto acima, a suspensão de direitos políticos priva o indivíduo da quitação eleitoral. Uma vez que não esteja a regular com suas obrigações cívicas, o indivíduo enfrentará diversas dificuldades na prática ao tentar retomar uma vida digna após ter delinquido.

Assim, se fizer um processo seletivo para alguma instituição pública de ensino superior, sua matrícula não será admitida, já que não está quite com a Justiça Eleitoral. Também lhe será negado provimento a cargo público, ainda que tenha sido regularmente aprovado em concurso, pois lhe será exigida a regularidade de seus direitos políticos, sendo que algumas empresas privadas também já estão exigindo este item para contratação. Indo mais além, se por algum motivo o indivíduo não possuía Cadastro de Pessoa Física (CPF) antes de ser condenado, ao tentar se inscrever no cadastro de pessoas físicas lhe será exigido título eleitoral, caso não tenha se alistado anteriormente. A emissão desse documento, no entanto, será negada pelo servidor da Justiça Eleitoral, já que, diante desta instituição, não obstante tenha cumprido a pena mais gravosa, permanece culpado e ainda cumprindo pena, enquanto não quitado o débito penal. Ele poderá requerer o seu CPF, no entanto, não ordinariamente, em agências autorizadas, mas deverá se dirigir a uma Agência da Receita Federal, munido de certidão circunstanciada do cartório eleitoral, que informará estar o mesmo ainda cumprindo a pena, e, portanto, impedido de requerer seu alistamento.

Pode parecer não haver tanta gravidade nessa situação, afinal, o indivíduo poderá ter seu cadastro perante a Receita Federal, mas demandará mais tempo. Ocorre que essa demora poderá cercear até o direito à saúde e assistência do Estado de um indivíduo que, por exemplo, necessitado de insulina para tratar de sua diabetes, precisa fazer o cartão do Sistema Único de Saúde (SUS) para ter direito ao seu remédio. Uma vez sem CPF, ou com o mesmo em situação suspensa, a Secretaria de Saúde Municipal não lhe concederá a medicação sem o cartão do SUS, salvo por determinação judicial, o que levará mais tempo, e, na hipótese de não haver defensor público local, ou na demora em designá-lo, levará o indivíduo a despender dinheiro com advogado. Ora, se não tem condições financeiras de bancar uma medicação, é discrepante pensar que possa pagar o patrocinador da causa.

Esta situação é desconhecida da grande maioria das pessoas, e até mesmo de alguns profissionais do direito que não atuam diretamente na área eleitoral, pois é mais vivenciada por servidores da Justiça Eleitoral que nada podem fazer para restabelecer os direitos políticos do indivíduo, diante de determinação constitucional e entendimento jurisprudencial.

O desincentivo à ressocialização é flagrante, pois, ao tentar novamente ser acolhido no seio social, o indivíduo hipossuficiente vê, de quase todas as formas, dificultado seu acesso ao estudo e trabalho, que lhe trará de volta a dignidade necessária para viver em comunidade, e até mesmo poderá vir a falecer, diante da demora judicial em determinar que lhe seja concedida uma medicação, independentemente de estar regular em seus direitos políticos.

4. RELATIVIZAÇÃO E COMPATIBILIZAÇÃO DE DIREITOS – ESTADO X INDIVÍDUO

Até o exposto no momento, notou-se que o Estado privilegiou seu direito de punir e de arrecadar, sem levar em conta direitos fundamentais do indivíduo. O que se questiona, no entanto, não é a punição aplicada pelo Estado, mas o alcance e rigor da mesma, que vem impedir um indivíduo, egresso ou apenas criminalmente condenado a pena de multa, a ver concretizados seus direitos fundamentais mais básicos.

Como já lecionado por Reis e Costa (2014, p. 82):

> Face à extrema importância do trabalho, a Constituição Federal de 1988 deu-lhe a devida atenção: no artigo 1.º, destaca que a República Federativa do Brasil se fundamenta nos valores sociais do trabalho na livre iniciativa; no artigo 170 e em seu inciso III, reafirma que a ordem econômica se fundamenta na valorização do trabalho, tendo como princípio a busca do pleno emprego, no artigo 193, enfatiza que ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Destacamos o valor do trabalho, dentre os outros direitos, como saúde e educação, pois a ocupação lícita é a primeira coisa demandada do egresso. A remuneração advinda da atividade laboral, também, dá ao indivíduo a possibilidade de obter uma educação mais qualificada e até mesmo de melhorar suas condições socioeconômicas.

No entanto, fica claro que o Estado, ao manter a suspensão de direitos políticos do inadimplente quanto à multa penal, restringe sobremaneira a busca do pleno emprego, priorizando o direito de punir e arrecadar do Estado.

Foucault (2013, p. 255-256) definiu, como uma das sete máximas universais da boa "condição penitenciária", o trabalho como uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos e, complementando com o raciocínio de Ducpétiaux (1857 *apud* FOUCAULT, 2013), no sentido de que se lhes deve permitir aprender ou praticar um ofício, e dar

recursos ao detento e sua família, o que dizer então sobre proporcionar condições de trabalho àquele que já voltou ao convívio social?

Dessa maneira, acredita-se que o direito ao trabalho, e outros que podem ser efetivados através do mesmo, como saúde e educação, devem prevalecer sobre o direito de arrecadação do Estado, devendo haver uma mitigação na punição do criminoso, de forma a auxiliar sua reinserção efetiva no bojo da sociedade.

Ainda, parece que agiu equivocadamente o Estado ao utilizar a lógica utilitarista. Sandel (2013, p. 56) afirma que esta lógica:

> (...) é aplicada em análises de custo e benefício, uma forma de tomada de decisões amplamente utilizada por governos e corporações. A análise de custo e benefício tenta trazer a racionalidade e o rigor para as escolhas complexas da sociedade, transformando todos os custos e benefícios em termos monetários – e, então, comparando-os.

Ora, o custo para cobrança da dívida de valor pela Fazenda Pública e mesmo o valor que será arrecadado pelo Estado parece não compensar o custo do desemprego, que gera uma diminuição de consumo, menos renda em circulação, além de, uma vez tendo dificultado o direito ao trabalho para um indivíduo, ele não terá meios lícitos de saldar sua dívida.

4.1. O Estado participante da exclusão social

Dessa forma, notou-se que o Estado Brasileiro não promove a inclusão social do indivíduo egresso diante da interpretação positiva da norma constitucional concernente à suspensão e ao restabelecimento de direitos políticos, contradizendo o desejo por justiça, inerente a todos os que vivem em sociedade.

Com efeito, há parcela da sociedade que cobra punição *ad eternum* e até mesmo prisão perpétua, mutilação e pena de morte para criminosos. No entanto, trata-se de pensamento que representa um grande retrocesso na política criminal. Punir é necessário, ressocializar, imprescindível. No entanto, ao deixar que a dívida pecuniária criminal se alongue no tempo até que esteja paga ou prescrita, sem contar, ainda, casos em que a Fazenda Pública, por algum motivo, acaba não proporcionando ao indivíduo meios para o pagamento desta dívida, deixa-se de observar o princípio da dignidade humana, basilar no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras de Weyne (2013, p. 23),

> (...) o princípio da dignidade humana, de um lado, constitui o princípio mais básico do Direito, tendo uma clara *prioridade hierár-*

> *quica* frente às demais normas jurídicas – às quais devem dele extrair seu fundamento material –, e, de outro, suscita vários problemas, a começar pela sua própria justificação e definição, o que acaba por abrir caminho para a sua redução a um perigoso instrumental retórico a serviço dos interesses particulares e arbitrários dos juristas que se ocupam da sua interpretação e da sua aplicação no nível da práxis jurídica.

Sem entrar no mérito da definição de dignidade humana, já que isso não concerne especificamente ao objeto do presente texto, Weyne (2013, p. 84) utiliza uma orientação kantiana para situar a dignidade humana, de maneira que ela possa ser entendida como a capacidade moral de se autodeterminar livremente, de apenas se submeter às leis que a sua própria razão estabelece como legisladora universal.

Nesse sentido, e tendo em conta o objeto do presente estudo, torna-se claro que o indivíduo perde o direito de se autodeterminar, por ser devedor de uma dívida pecuniária, pois lhe será dificultado o acesso à saúde, ao trabalho e à educação, enquanto não tiver seus direitos políticos restabelecidos, de maneira que o Estado participa diretamente na exclusão social do indivíduo.

Paugam (1996 *apud* DEMO, 2002, p. 17), ensina que exclusão social abarca angústia de numerosos segmentos da população, e ainda tem significado equívoco, englobando um universo de preocupações tais como:

> a) precariedade do emprego, ausência de qualificação suficiente, desocupação, incerteza do futuro;
>
> b) uma condição tida por nova, combinando privação material com degradação moral e dessocialização;
>
> c) desilusão do progresso.

No que tange ao trabalho, por exemplo, Lima (2012, p. 24), em seus estudos sobre inclusão social, ensina que "as necessidades, em especial dos trabalhadores, foram elevadas ao patamar de direitos subjetivos e, ainda mais, como obrigações a serem cumpridas pelo Estado, deixando, portanto, de ser responsabilidade das entidades de caridade não estatais". Pouco adiante, Lima (Ibidem, p. 28) fala dos efeitos psicossociais da redução de políticas sociais estatais que possibilitem a integração social de indivíduos que enfrentam desemprego de longa duração, o que, para o presente estudo, se aplica aos egressos, e claramente afronta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, aplicando no cotidiano as lições de Demo e Lima, acima expostas, o não restabelecimento de direitos políticos de um indivíduo devedor de multa criminal promove uma desocupação mais prolongada, o que, de certa forma,

lhe privará de meios materiais para saldar sua dívida com o Estado ou até mesmo ter existência digna, quando, por exemplo, não puder adquirir uma medicação que lhe foi negada pelo Sistema Único de Saúde diante da irregularidade em seu CPF (reflexo da suspensão de seus direitos políticos). Desiludi-lo-á, logo, em relação ao progresso, pois também enfrentará óbices a ingressar em instituição pública de ensino superior, ainda que devida e regularmente aprovado em seleção para vagas.

Logo, fica claro que o Estado, ao assumir a interpretação literal do art. 15, III, da CF, é participante ativo da exclusão social, em vez de promover uma política de reinserção do indivíduo no seio da comunidade.

4.2. A omissão estatal frente aos direitos fundamentais do apenado

Já foi visto que a política criminal adotada pelo Estado, no que concerne aos reflexos nos direitos políticos fundamentais do indivíduo, não se volta à reinserção do egresso à vida em sociedade, dificultando-lhe o acesso à saúde, ao emprego e a educação, ou até mesmo obstando este direito, no caso, por exemplo, de o indivíduo aprovado em concurso público ou instituição de ensino superior, casos em que a quitação eleitoral é requisito de admissibilidade ao cargo ou à vaga.

Entretanto, o Estado continua se omitindo no sentido de providenciar a inclusão social, seja por inércia do Poder Legislativo em deliberar sobre os efeitos da condenação, excluindo, da incidência de tais efeitos a multa criminal, seja por reiteradas decisões do Poder Judiciário, que, não obstante estar sinalizando uma mudança, conforme recentes decisões logo adiante expostas, ainda prefere manter o *status* de condenado do indivíduo para fins eleitorais. Isso, como já foi acima informado, é um *contra sensu*, pois, se assim que terminada a pena privativa de liberdade, no caso de indivíduo condenado a esta pena cumulada com multa, ele já tem sua reprimenda considerada cumprida pela Justiça Comum, diante de sentença declaratória extintiva de punibilidade. Não é razoável, do ponto de vista da política social que deveria ser adotada pelo Estado com intuito de atingir as finalidades na CF, que seja mantida a suspensão de direitos políticos do indivíduo, considerando todos os reflexos no usufruto de demais direitos fundamentais.

Tal orientação tem caráter liberal, não se coadunando com os objetivos sociais da CF, pois se está restringindo a cidadania e dificultando o acesso a direitos fundamentais, o que, tomando os ensinamentos de Santos (2013, p. 227), mostra até mesmo o caráter não democrático da sociedade:

> A teoria liberal começa por teorizar uma sociedade onde muitos – no início, a maioria – dos indivíduos livres e autônomos que prosseguem os seus interesses na sociedade civil não são cidadãos, pela simples razão de que não podem participar politicamente na atividade do Estado. As sociedades liberais não podem ser consideradas democráticas senão depois de terem adotado o sufrágio universal, o que não acontece senão no nosso século e, na maioria dos casos, já com o século bem adentrado.

Apesar disso, em recente decisão no Processo Administrativo 936-31.2014.6.00.0000, de 23 de abril de 2015, a Corte do Tribunal Superior Eleitoral acordou no sentido de que a pendência de pagamento de pena de multa ou sua cominação isolada nas sentenças criminais transitadas em julgado, tem o condão de ensejar à suspensão dos direitos políticos prevista pelo art. 15, III, da Constituição Federal.

Não obstante tenha sido mantida a orientação do Processo nº. 10002/2007-CGE, já citado no início desta exposição, há sinalização de mudança de orientação pelo Tribunal Superior Eleitoral, pois foi voto vencido o julgamento da Ministra Laurita Vaz, assunto este ao qual será dedicado o próximo tópico.

5. A PROMOÇÃO DA INCLUSÃO PELO ESTADO

Não obstante o Estado, hoje, seja omisso em promover a inclusão social do condenado por crime de volta à sociedade, já começa a se consolidar, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), orientação diversa, no sentido de que uma vez cumprida a reprimenda corporal, não há óbice à extinção da punibilidade, sendo que a Corte já definiu que a pena pecuniária é dívida de valor, de caráter extrapenal, após o advento da Lei 9.268/1996 (BRASIL, 1996), ao alterar o art. 51 do CP, que passou a vigorar com a seguinte redação:

> Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

Anteriormente, a multa não paga convertia-se em pena de detenção, sendo que cada dia-multa corresponderia a um dia de detenção. De início, aparenta ser claro que a multa perdeu seu caráter penal.

Em Recurso Especial n. 1.519.777/SP (2015/0053944-1), da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, em documento datado de 28 de agosto de 2015, foi reconhecida violação ao art. 51 do CP, devendo ser declarada extinta

a punibilidade do recorrente, em razão do cumprimento da pena privativa de liberdade, ainda que pendente de pagamento a pena de multa.

Nesse esteio foi o voto da Ministra Laurita Vaz no Processo Administrativo 936-31.2014.6.00.0000 ao expor, *in verbis*, que:

> Logo, observa-se da orientação consolidada pelo STJ uma mitigação do alcance do disposto no art. 15, III, da Constituição, pois o cumprimento integral da pena corporal imposta, ainda que remanesça multa não satisfeita, é suficiente para a extinção da punibilidade e, consequentemente, para o restabelecimento dos direitos políticos do condenado, desde que ausentes outras causas restritivas. (...)
>
> Assim, adotando-se o entendimento pacificado por aquela Corte Superior de Justiça, o restabelecimento dos direitos políticos de eleitor condenado criminalmente seria registrado pelo respectivo juízo eleitoral em seu histórico a partir da comunicação de cumprimento integral da reprimenda corporal ou da restrição de direitos que lhe tenha sido imposta, ainda que subsista pena de multa não satisfeita.
>
> Relativamente às condenações criminais com trânsito em julgado cuja cominação seja exclusivamente de pena de multa, ao juízo eleitoral caberia a anotação da suspensão e do restabelecimento dos direitos políticos do eleitor condenado no momento em que for comunicado dos eventos correspondentes, quais sejam, trânsito em julgado e extinção da punibilidade.

No entanto, no mesmo Processo, o Ministro Henrique Neves da Silva entendeu prematura, por parte do Tribunal Superior Eleitoral, dar interpretação mitigada ao art. 15, III, da CF, calcada em pronunciamentos do STJ, conquanto já exista questão similar em sede de análise no Supremo Tribunal Federal (STF), concluindo que, "em princípio, não caberia à Justiça Eleitoral, em sede administrativa, decidir sobre a permanência ou não dos efeitos de determinada condenação criminal para a aferição do restabelecimento dos direitos políticos do condenado".

Logo, urge que o STF se pronuncie a respeito do assunto, esperando-se que, nos casos que lhe foram submetidos à apreciação, seja dada interpretação mitigada ao art. 15, III, da CF.

Bastos (2014, p. 27) ensina que o trabalho do intérprete deve atender à necessidade de aplicação da norma ao caso concreto, sendo que "a interpretação aparece diante do juiz como se fosse um quadro, ou melhor, uma moldura, dentro da qual o intérprete tem a faculdade de exercer a sua escolha, sendo que qualquer que seja a sua opção, desde que dentro desse perímetro, ela é válida".

Continuando, ao ensinar sobre os métodos de interpretação lógico ou teleológico e sistemático, o mesmo autor (Idem, p. 42) denota que "o método lógico, também denominado por parte da doutrina como teleológico, procura destacar a finalidade da lei (*mens legis*) ou, ainda, como consideram alguns, o seu espírito". Sobre o método sistemático (Idem, p. 43), tem o mesmo "em vista a interpretação da lei dentro do contexto normativo no qual ela se insere, é dizer, busca-se interpretar a norma não isoladamente, mas em relação com as demais".

Com base nas lições desse saudoso constitucionalista, nota-se que está nas mãos dos Ministros do STF apaziguar, por vez, divergências existentes entre TSE e STJ, no sentido de dar uma interpretação (espera-se que de cunho inclusivo) para o alcance dos termos "efeitos da condenação para fins do art. 15, inciso III, da CRFB" e "multa após o advento da Lei n. 9.268/96 e art. 51 do Código Penal". Assinale-se a existência de corrente minoritária, sustentada por Bitencourt (2012, p. 750), para quem "a condenação a pena de multa mantém sua natureza de sanção criminal".

Quando Bastos fala sobre interpretar dentro da moldura de um quadro, não se assemelha que, diante do fim pretendido pelo Estado e do princípio da dignidade humana (interpretação teleológica) e da combinação entre o dispositivo constitucional e o ordinário (interpretação sistemática), compreenda-se razoável manter a suspensão de direitos políticos do indivíduo pela pendência da pena pecuniária, considerando sua natureza criminal, nos moldes do entendimento esposado por Bitencourt. A decisão pelo mantenimento da exclusão social será sempre fora da moldura do quadro e, portanto, inválida diante do Direito vigente.

Ainda que esta interpretação mitigada se dê apenas no caso de remanescência da pena de multa após cumprimento de pena corporal e não se aplique a casos de reprimenda pecuniária isoladamente cominada, atingir-se-á um grande avanço na política estatal de inclusão social do condenado.

Talvez porque aquele condenado apenas à pena de multa não tenha sido privado de sua liberdade e, portanto, não tenha, possivelmente, perdido vínculo empregatício, continuando suas atividades laborais diárias, seja o motivo pelo qual se tratou mais do direito de restabelecimento político daquele que sofreu pena corporal.

Mesmo que o Estado perca a oportunidade de arrecadar com a pena de multa do criminalmente condenado, já que muitos destes só a pagam para restabelecer seus direitos políticos, ganhar-se-á, muito, com a inclusão dele na sociedade, como força ativa, geradora de rendas e, portanto, com sua dignidade resgatada após tempo encarcerado.

Não se trata de tirar o direito de arrecadar do Estado, mas o caráter punitivo penal ainda dado à multa, embora contrário à interpretação mais sensata, no sentido de que, mantendo a multa como efeito da condenação, a coatividade, ou seja, a pressão psicológica será tanto maior para que seu pagamento seja efetivo.

Aguarda-se, por parte do Estado, seja por meio do Poder Judiciário, e na falta deste, seja por meio do Poder Legislativo, uma providência útil para esta questão ex/inclusiva.

6. CONCLUSÃO

Foi visto, no presente artigo, que não obstante seja a CF conhecida como Constituição Cidadã e, apesar do valor atribuído ao trabalho por este documento, dentre outros direitos fundamentais, com a interpretação atualmente dada ao art. 15, III, da CF, entende-se que não são considerados nem os fins da norma nem o sistema legal nacional, havendo um cerceamento no exercício da cidadania pelo indivíduo, bem como um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir da restrição dos direitos políticos daquele indivíduo que foi criminalmente condenado, que, embora já tenha cumprido pena privativa de liberdade, ainda não tenha quitado sua multa, restringem-se, reflexamente, direitos relativos ao trabalho, à saúde e à educação, num quadro de exclusão social, sendo protagonista o Estado, que não deveria adotar a política criminal do Direito Penal de terceira velocidade, sendo justamente esse que deveria promover a inclusão social.

A pendência de pagamento da multa aplicada em sede do processo penal enquadra-se em efeito da condenação para a Justiça Eleitoral, nos termos do dispositivo constitucional acima citado, sendo vedado o restabelecimento de direitos políticos enquanto for este duradouro, embora novas interpretações já considerem a multa como apenas dívida de valor. Preferiu, no entanto, manter o caráter penal da multa, em vez de considerá-la como passível de cobrança apenas pela Fazenda Pública, nos moldes de demais penalidades pecuniárias. Não se está tirando do Estado o direito de arrecadar, mas fica claro que este usa de coatividade ao forçar que multas penais sejam saldadas pelos condenados, já que, do contrário, não terão seus direitos políticos restabelecidos.

Diante dessas novas interpretações pelos tribunais, em especial o STJ, esta multa, no entanto, trata-se de dívida de valor, após o art. 51 do CP ter sido alterado pela Lei 9.268/1996, não devendo permanecer como efeito da condenação, assunto que já está praticamente consolidado no âmbito da Justiça Comum.

Estranhamente, até o presente momento, a mais alta corte eleitoral, o TSE, não ratifica a posição do STJ, conquanto ainda exista questionamento semelhante, pendente de decisão, no STF.

Enquanto isso, peca vertiginosamente o Estado ao dar preferência para o prolongamento da condenação e recebimento desta dívida de valor, no sentido em que dificulta a reintegração do condenado na sociedade, diante da restrição de seus direitos políticos e reflexos em outras áreas, num quadro claro de exclusão social.

Infelizmente, muito embora esteja havendo flagrante desrespeito ao exercício de cidadania do egresso e à sua dignidade, há relativamente poucos questionamentos nos tribunais, em sede de recurso, relativos ao assunto, considerando que a maioria dos devedores da dívida são os hipossuficientes, e, portanto, sem condições de patrocinar causa desta monta, cuja decisão, se muitas vezes repetidas no mesmo sentido, poderá ensejar uma guinada na interpretação dos Tribunais, passando-se a prezar mais pelos direitos fundamentais do indivíduo à ingerência arrecadatória do Estado.

Nesse sentido, espera-se que este artigo, após a exposição da problemática acima, possa engrossar os clamores pela inclusão social do condenado, diante do cumprimento da pena corporal, voltando a ser integrado na sociedade. Assim ele poderá participar do processo democrático de eleições, a partir do restabelecimento de seus direitos políticos após cumprimento da pena principal, reduzindo as dificuldades inerentes a ser enfrentadas por um egresso, a fim de ter efetivado seus direitos fundamentais ao trabalho, à saúde e à educação.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e Participação Popular. A* construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-políticos da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília: 1988.

_____. *Lei n. 9.268, de 01 de abril de 1996*. Altera dispositivos do Dec.-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal – Parte Geral. Brasília, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural Ltda., 1976.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun., Brasília, 2010.

COSTA, Ilton Garcia; SANTIN, Valter Foleto. (orgs.). *Organizações Sociais, efetivações e inclusão social*. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

_____; FREITAS, Paulo H. de Souza. (orgs.). *Terceiro Setor, ONGs* – Questões Críticas. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

DEMO, Pedro. *Charme da Exclusão Social*. 2. ed. Campinas – SP: Autores Associados, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA JÚNIOR, Cristian Ricardo et al. Multa Criminal: Considerações acerca da eficiência de sua execução. *Derechoy cambio social*, Peru, n. 43, p. 1-30, 2016. Disponível em: [www.derechoycambiosocial.com/revista043/ MULTA_CRIMINAL. pdf]. Acesso em: 04 jul. 2016.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir:* nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 2013.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

GIACOIA, Gilberto. Justiça e Dignidade. *Revista Argumenta (FUNDINOPI)*, v. 2, n.1, p. 11-31, Jacarezinho – PR, 2002.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

LIMA, Jairo Néia. *Direito Fundamental à Inclusão Social. Eficácia Prestacional nas Relações Privadas*. Curitiba: Juruá, 2012.

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. *Pena de Multa*. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes. 183 f. Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: [www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/ cp037867.pdf]. Acesso em: 04 jul. 2016.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoria del delito en el estado social y democratico de derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

MUSCO, Enzo. La irracionalidade en el derecho penal. Trad. Valentina Faggiani y Jesús Martínez Ruiz. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia* (en línea). Espanha, num. 16-rl, p. rl:1-rl:15, 2014. Disponível em: [http:// criminet.ugr.es/recpc/16/ recpc16-r1.pdf]. Acesso em: 04 jul 2016.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

REIS, Junio Barreto; COSTA, Ilton Garcia da. Direito ao trabalho como fator de inclusão social: proibição da despedida arbitrária e discriminatória. *Revista Jurídica (FIC)*, v. 1, p. 78-96, Curitiba – PR, 2014.

SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice*. O social e o político na Pós-Modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* – edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989, vs. III e IV.

TEMER, Michel. *Democracia e cidadania*. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEYNE, Bruno Cunha. *O Princípio da Dignidade Humana*. Reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

XIFRA-HERAS, Jorge. *A Informação*: análise de uma liberdade frustrada. São Paulo: Edusp, 1975.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*: I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A suspensão dos direitos políticos em face dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, de Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior - *RBCCrim* 15/89-96 (DTR\1996\551); e
- O núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sistema carcerário brasileiro, de Savio Guimarães Rodrigues - *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 8/113-142 (DTR\2015\11472).

O PROBLEMA CONSTITUCIONAL DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

THE CONSTITUTIONAL PROBLEM OF THE REDUCTION OF THE CRIMINAL MAJORITY

JOSUÉ MASTRODI

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo.
Professor da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.
mastrodi@puc-campinas.edu.br

JÔNATAS HENRIQUES BARREIRA

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense.
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.
jotahbarreira@hotmail.com

Recebido em: 28.01.2016.
Aprovado em: 23.05.2016.
Última versão dos autores: 10.06.2016.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo avaliar a (im)possibilidade jurídica de se reduzir a maioridade penal fixada aos 18 anos no art. 228 da CF. Para avaliar a questão dos Direitos Humanos, o trabalho passou, principalmente, por uma análise da Convenção dos Direitos da Criança, de 1989; da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969; de manifestações dadas pela Organização das Nações Unidas e por outros autores. No tocante à Constituição, por uma análise teórica sobre os Direitos Fundamentais, Reforma Constitucional e do Processo ocorrido na Assembleia Nacional Constituinte na elaboração do art. 228 da Constituição, para se entender, a partir de todos estes elementos, de forma profunda, o sentido posto na Constituição.

ABSTRACT: This work has as objective to investigate the (im)possibility to reduce the criminal majority, currently established on eighteen years old by the art. 228 of the Constitution of Brazil. The first step is to analyze the Convention on the Rights of the Child, from 1989; the American Convention on Human Rights, from 1969; the official manifestations given by ONU and other authors. What concerns about the Constitution, this article will be based on a theorical study of Fundamental Rights on the Brazilian context, Constitutional Reform and on the process of elaboration of the Constitution, occurred on 1987. Finally, with all these elements, it will be possible to understand the meaning placed on the Constitutional text.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade da redução da maioridade penal - Incompatibilidade com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos - A construção do art. 228 da Constituição na Assembleia Nacional Constituinte - Maioridade penal como cláusula pétrea.

KEYWORDS: The unconstitutionality of the reduction of the criminal majority - The incompatibility with the International Human Rights Treaties - The drafting of art. 228 of the Constitution on the Brazilian Constituent Assembly - Criminal majority as superconstitutional clause.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Os tratados internacionais sobre direitos humanos sob a ótica da ordem constitucional interna vigente e do Supremo Tribunal Federal - 3. Os direitos das crianças e dos adolescentes frente ao poder punitivo nos tratados internacionais de Direitos Humanos - 4. A constitucionalização da inimputabilidade penal para crianças e adolescentes na ordem jurídica brasileira - 5. A inimputabilidade de crianças e adolescentes como garantia ao direito ao desenvolvimento - 6. Dos limites à reforma constitucional e a extensão da expressão "direitos e garantias individuais" do inc. IV, § 4.º, do art. 60 da Constituição - 7. A emenda da redução da maioridade penal como restritiva de direitos - 8. Das visões dissonantes ao trabalho desenvolvido - 9. Conclusões - 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É muito comum ouvir discursos em que a redução da maioridade penal é apontada como solução para a violência e como medida de justiça. No entanto, uma análise preliminar tem passado despercebida: a (im)possibilidade jurídica de uma emenda constitucional tendente a reduzir a maioridade penal.

A análise do problema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos projetos de emendas à Constituição que visam a alterar a maioridade penal não é algo inédito; existem vários autores,[1] em livros, páginas de internet etc. que verificam sua (in)constitucionalidade e (in)adequação aos Tratados Internacionais.

Apesar disso, muitos dos trabalhos desenvolvidos não realizam uma análise mais aprofundada, tendo alguns o objetivo de apenas legitimar ou deslegitimar juridicamente a alteração, ou melhor, de encontrar justificativa para uma opção política.

Conhecidos defensores dos direitos das crianças e dos adolescentes militam no sentido do reconhecimento da inimputabilidade aos 18 anos como cláusula

1. A título de exemplo, cf. Melfi, 2008, p. 186-189; Santos, 2009; Caliari, 2009; Loche e Leite, 2002; Vidal, 1997, p. 91.

pétrea, defendendo, portanto, que o art. 228 da Constituição é intangível ao Poder Constituinte Derivado ou Reformador.

Por outro lado, aqueles que são favoráveis à alteração tentam de todo modo defender que ela pode ser aceita pela ordem jurídica, uma vez que a impossibilidade da alteração teoricamente sequer lhes daria a possibilidade de deliberar sobre o assunto.

Frise-se, ainda, não temos aqui o objetivo de analisar a efetividade de políticas criminais ou os efeitos práticos que a redução da maioridade penal pode ou não realizar.

O caminho que se pretende percorrer parte de dupla análise: a influência dos tratados internacionais relativos aos direitos da criança e do adolescente sobre a ordem constitucional e os dispositivos constitucionais que normatizam expressamente sobre os direitos, garantias e deveres destas pessoas.

O problema é de profunda relevância em razão das mais variadas consequências que a alteração do art. 228 da Constituição pode causar, em virtude da posição hierárquica da Carta Magna no ordenamento jurídico interno.

No presente artigo, por força do corte epistemológico empreendido, questões relacionadas à teoria do delito, embora de altíssima relevância, não serão diretamente tratadas, já que se pretende ter como ponto de partida os instrumentos internacionais e a Constituição de 1988, que elevaram o *status* da inimputabilidade de crianças e adolescentes. Sendo assim, o conceito de inimputabilidade e seus critérios até são mencionados, mas apenas na medida do necessário para contextualizar o leitor e permitir melhor compreensão da discussão no âmbito do direito internacional dos direitos humanos e do direito constitucional.

2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DA ORDEM CONSTITUCIONAL INTERNA VIGENTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Assim, como mencionado na Introdução, há que se analisar a redução da maioridade penal sob a ótica dos Tratados Internacionais em justaposição à Constituição. Para tal, é necessário, antes de tecer comentários específicos aos Tratados Internacionais que versam sobre a Criança e o Adolescente, analisar qual a posição hierárquica destes.

O art. 5.º, § 2.º da Constituição, norma constitucional originária, prevê o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais em tratados interna-

cionais, fato que permitia a parte da doutrina reconhecer nestes direitos um conteúdo material constitucional.

Desse modo, os direitos e garantias reconhecidos internacionalmente por meio dos tratados entrariam no ordenamento jurídico como se estivessem escritos na própria Constituição (MAZZUOLI, 2005, p. 95; MASTRODI e ROSMANINHO, 2013, p. 123-124).

Posteriormente, a EC 45/2005 inseriu o § 3.º no art. 5.º da CF (BRASIL, 1988b), prevendo a possibilidade da internalização de tratado internacional sobre direitos humanos com *status* de norma constitucional, desde que fosse aprovado com o mesmo quórum de emenda constitucional. Tal inserção consagrou a parte da doutrina que previa o *status* constitucional às normas de direitos humanos firmadas em tratados internacionais, contudo instituiu barreira formal a seu reconhecimento.

Desse modo, o novo dispositivo foi posto em conflito com a interpretação considerada mais progressista, que enxergava, no § 2.º do mesmo artigo, um instrumento de ampliação dos direitos fundamentais, agasalhando aqueles previstos nos tratados internacionais (GABRIEL, 2005, p. 256). Assim, ante o conflito entre o § 2.º e o § 3.º do art. 5.º da Constituição, como interpretar a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos?

Parece-nos que a melhor solução é a apresentada por Mazzuoli (2005, p. 105), de reconhecer à EC 45/2004 um efeito *ex nunc*, como é a regra no direito. Dessa forma, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados *antes* da emenda continuariam a ter *status* constitucional, já que o processo que se exige para os novos tratados internacionais ser considerados norma constitucional não poderia ser aplicado a tratados ratificados pela normatização anterior à promulgação desta Emenda.

Assim, a deliberação em *quórum* qualificado seria uma condição para que os novos tratados de direitos humanos, ratificados posteriormente à inserção do § 3.º do art. 5.º, tenham hierarquia equivalente ao das emendas constitucionais.

Não obstante, quanto aos tratados internacionais de direitos humanos posteriores à EC 45/2004 e não aprovados pelo *quórum* qualificado do § 3.º do art. 5.º, ainda assim teriam *status* constitucional material, em razão do § 2.º do art. 5.º (PIOVESAN, 2010, p. 78).

Todavia, não lhes seria atribuído o *status* de "emenda constitucional", ou seja, *status* constitucional do ponto de vista formal, pela exigência acrescentada pelo § 3.º (MAZZUOLI, 2005, p. 106; SIMÕES NETO, 2009, p. 24). Em suma, os tratados internacionais que forem ratificados, mas não aprovados com o *quórum* qualificado, terão *status* de "norma constitucional", mas não

terão *status* de emenda constitucional, ou seja, embora façam parte do "Bloco de Constitucionalidade", não integram o texto constitucional (MAZZUOLI, 2005, p. 106).

Neste raciocínio, os tratados de direitos humanos sempre possuiriam caráter constitucional do ponto de vista material, podendo também possuí-lo do ponto de vista formal em duas hipóteses: ratificação antes da EC 45/2004, independentemente do *quórum*; ou se, posteriores à emenda, forem aprovados por *quórum qualificado* e em dois turnos (PIOVESAN, 2010, p. 79).

Por fim, os tratados de direitos humanos necessariamente formam o chamado "Bloco de Constitucionalidade", podendo ou não reformar a Constituição a depender do *quórum* pelo qual foi aprovado (MAZZUOLI, 2005, p. 95 e 106).

Entretanto, infelizmente este nunca foi o entendimento da Suprema Corte brasileira. O entendimento originário, e anterior à Emenda Constitucional, do Supremo Tribunal Federal (ADI 1480-DF) era no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* infraconstitucional, estando em paridade normativa em relação às leis ordinárias (RAMANZINI, 2014, p. 45-46; BRASIL, 2001).

Voz solitária, nesta mesma ADI, era a do Ministro Carlos Velloso, que, acertadamente a nosso ver, entendia pelo *status* constitucional dos tratados internacionais que ampliassem o rol de direitos e garantias na forma do art. 5.º, § 2.º, da Constituição.

Após a EC 45, com a possibilidade explícita de constitucionalizar os tratados internacionais sobre direitos humanos, instalou-se a discussão a respeito do *status* hierárquico dos tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à EC 45.

O Supremo Tribunal Federal, nos RE 349703-RS e 466343-SP, sob a justificativa de realizar interpretação harmoniosa (ao menos segundo o próprio STF), reconheceu, por maioria de seus membros, o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos firmados antes da Emenda (BRASIL; 2009b, 2009c). Restou novamente vencida a tese pelo caráter constitucional daqueles tratados, tese capitaneada, desta vez, pelo Ministro Celso de Mello.

A nosso ver, e de outros estudiosos (GABRIEL, 2005; MAZZUOLI, 2005), o entendimento do Supremo Tribunal Federal perpetuou o equívoco que já vinha sendo formado na Suprema Corte. Aliás, ao conferir caráter supralegal àqueles tratados, o STF criou espécie normativa, a norma "supralegal e infraconstitucional", tendo em vista que a própria Constituição não a previu (art. 59 da CF), ignorando completamente a norma constitucional originária do art. 5.º, § 2.º, mais uma vez.

Afinal, o que se defende não é o *status* constitucional de todo e qualquer tratado internacional, mas exclusivamente daqueles que ampliem o rol de direitos e garantias fundamentais, exatamente de acordo com o art. 5.º, § 2.º, da Carta Magna (BRASIL, 1988), que deveria ser guardado pelo STF.

Tal premissa serve como base para entender que, do ponto de vista do ordenamento jurídico interno, os Tratados Internacionais que protegem os Direitos Humanos da Criança e do Adolescente possuem caráter hierárquico materialmente constitucional. Em seguida, procedemos à análise destes tratados.

3. OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES FRENTE AO PODER PUNITIVO NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A questão do processamento penal da criança e do adolescente é objeto de dois tratados internacionais de direitos humanos. O primeiro e mais antigo é o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos (Organização dos Estados Americanos, 1969), que em seu art. 5.º, alínea 5, dispõe que: "Os menores,[2] quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento". Desse modo, tem-se que o Pacto exige que as crianças sejam julgadas por tribunal especializado, separadamente dos adultos e no menor tempo possível.

Além deste, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Congresso em 1990 (Dec. 99.710; Nações Unidas, 1989), fixa em seu art. 1.º como criança todo ser humano com idade inferior a 18 anos, a menos que a legislação pátria fixe outra idade para a aquisição da maioridade. Este tratado consagrou, na esfera internacional, a doutrina que defendia o reconhecimento da criança como sujeito de direitos, e não mero objeto de intervenção estatal. E, quando se diz "sujeito de direitos", não se está dizendo que a criança tem apenas os mesmos direitos de um adulto, mas que possui direitos específicos, em razão da característica especial de ser em crescimento (BELOFF, 2000, p. 81).

Nesta rota, dispõe em seu art. 37, *b* e *c* sobre a privação de liberdade daquelas pessoas (Nações Unidas, 1989), da seguinte forma:

2. Embora o Tratado utilize a expressão "menor", esta se tornou ultrapassada e abandonada pela doutrina, pois historicamente possui um conteúdo estigmatizante da criança e dos jovens pobres como perigosos, abandonados e delinquentes (BERNARDI e PONIWAS, 2012, p. 23).

> b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.
>
> c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais.

Além disso, no art. 40.3 estabelece que: "Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas" destinados às crianças que infringirem as leis penais (Nações Unidas, 1989).

Percebe-se que este último, assim como outro, abre a possibilidade da privação de liberdade de crianças e adolescentes, desde que seja separada dos adultos. A Convenção dos Direitos da Criança, além disso, exige que seja realizada nos termos de lei específica, de forma excepcional e breve.

Desta forma, da conjugação dos dois Tratados chegam-se às conclusões de que as crianças devem:

> a) Ser julgadas e presas separadamente dos adultos e por Tribunal especializado;
>
> b) Ser privadas de sua liberdade apenas em situações excepcionais e pelo menor tempo possível;
>
> c) Ser julgadas e processadas nos termos de lei específica.

Partindo disso, violaria os Tratados Internacionais a redução da maioridade penal? A grande questão problemática se dá pelo fato de nenhum dos Tratados Internacionais firmar o conceito de "menor" ou "criança" de forma compulsória, já que o art. 1.º da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente permite que outra seja a idade.

Aliás, o ECA (Lei 8.069/1990) fixa como criança o menor de 12 anos e o adolescente o maior de 12 anos e menor de 18 anos. Uma análise precipitada poderia concluir que o ECA está em dissonância com a Convenção, já que define como criança os menores de 12 anos.

Entretanto, o próprio ECA confere ao adolescente proteção semelhante ao garantido pela Convenção a todo menor de 18 anos, o que permite concluir que "adolescente" está dentro do conceito de "criança" utilizado na Convenção.

Aliás, Bruñol ressalta que a própria Convenção, no que tange à responsabilidade penal, faz diferenciação entre criança e adolescente, já que, a partir de uma interpretação conjunta dos arts. 40.3.a e 40.1, conclui-se que existe uma idade a ser definida pelo legislador em que se reconhecerá a incapacidade do indivíduo para infringir a lei penal, dotando esta criança de total irresponsabilidade penal. Além dela, a criação de uma faixa de responsabilização especial que iniciará a partir desta idade de total irresponsabilidade e terminará aos 18 anos (BRUÑOL, 2000, p. 118).

Nesse sentido, o ECA (BRASIL, 1990b) está em total consonância com o Tratado, uma vez que garante ao menor de 12 anos irresponsabilidade penal e à faixa dos 12 aos 18 anos, uma responsabilização especial. Entretanto, seria, ainda assim, possível alterar a maioridade penal sem violar o Tratado Internacional?

A resposta é negativa. Apesar de a Convenção abrir a possibilidade de a legislação pátria fixar idade menor de 18 anos para a aquisição da maioridade, uma vez esta fixada, não é mais possível reduzi-la. Nesse sentido, é aplicável o princípio da "vedação ao retrocesso social", entendido como um princípio-vetor limitativo ao Poder Legislativo, que deve impedir o retrocesso em matérias relacionadas a direitos humanos (SANTOS, 2009, p. 24).

Este princípio se encontra implícito ao art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece o chamado "Desenvolvimento Progressivo" (Organização dos Estados Americanos, 1969). Este dispositivo impõe que os Estados signatários do Tratado devem atuar no sentido de progredir em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais e, como será visto no decorrer deste trabalho, a inimputabilidade penal até os 18 anos de idade possui, além de outras, uma dimensão social, eis que impõe ao Estado a atuação positiva em construir uma estrutura de especial tratamento ao adolescente que comete ato infracional.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) se manifestou, por meio do Comunicado de Imprensa 036/2015, contra a redução da maioridade penal, afirmando que a alteração constitui em "grave retrocesso e uma violação dos direitos fundamentais dos adolescentes, pois viola sua garantia de ser tratado por uma justiça juvenil especializada"(Organização dos Estados Americanos, 2015).

Por isso, a maioridade penal só poderia ser inferior a 18 anos de idade, se o Estado Brasileiro tivesse fixado desta forma antes de ratificar a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, já que, uma vez fixada uma idade, esta não deve mais ser reduzida.

A própria ONU, em junho de 2015 (Nações Unidas no Brasil, 2015), emitiu parecer técnico afirmando que a redução da maioridade penal seria contrária às normas internacionais e um retrocesso contra direitos humanos e que nenhuma pessoa menor de 18 anos deve ser julgada como adulto.

Segundo este parecer, ainda, a Convenção dos Direitos da Criança deve ser interpretada em conjunto com outros instrumentos internacionais, como as Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de crianças e adolescentes (Nações Unidas, 1985), as Regras das Nações Unidas para a proteção de crianças e adolescentes privados de liberdade (Nações Unidas, 1990a), Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil (Nações Unidas, 1990b), Diretrizes de Ação sobre a Criança no Sistema de Justiça Penal (Nações Unidas, 1997) e Regras mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não privativas de liberdade (Nações Unidas, 1990).

Mencionado parecer técnico indica, ainda, a Observação Geral n. 10 do Comitê dos Direitos da Criança, que recomenda que os Estados que punem menores de 18 anos como adultos ajustem suas normas, expandindo a aplicabilidade das normas especiais a todos os menores de 18 anos, sem discriminação alguma.

Embora o Tratado não disponha expressamente sobre "inimputabilidade", não há como negar que a Convenção deu às crianças e aos adolescentes tratamento diferenciado, que equivale aos efeitos penais da inimputabilidade como temos no Brasil, tendo em vista que as crianças devem ser submetidas a Tribunal especializado, lei especial e protegidas pelos princípios da brevidade e excepcionalidade.

Importante relembrar, neste âmbito, que, em razão da ampla abrangência dos Tratados Internacionais; sobretudo aqueles de alcance global, como os da ONU; é indispensável que estes pactos sejam escritos com o uso de termos que sejam aceitos pelas mais distintas culturas jurídicas. A utilização de expressões muito restritas e pouco abstratas, como o conceito de "inimputabilidade", poderia excluir famílias jurídicas, que não possuem correspondentes em seus ordenamentos.

Dessa forma, alterar o art. 228 da CF, permitindo que menores de 18 anos sejam julgados pelos Tribunais destinados aos adultos e submetidos a penas semelhantes, viola a Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Algo

que também deve ser entendido como inconstitucional, já que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos fazem parte do bloco de constitucionalidade, pois foram ratificados antes da EC 45/2004 e, portanto, possuem *status* constitucional tanto material quanto formal.

Ademais, o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (BRASIL, 2009;), de 1969, aduz que um Estado-Parte "não pode invocar disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado", o que confere, portanto, o *status* supraconstitucional destas normas de direito internacional que reconhecem direitos humanos (MAZZUOLI, 2005, p. 105).

Assim, sequer o Poder Constituinte poderia contrariá-lo, reduzindo a maioridade penal, tendo em vista o caráter supraconstitucional dos Tratados que versam sobre o tema. Terminada a análise do conflito entre a redução da maioridade e os Tratados Internacionais, é preciso passar a discussão ao direito interno.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA INIMPUTABILIDADE PENAL PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

No Brasil, é bastante afirmado, pelo senso comum, que a redução da maioridade penal seria justificada pelo fato de o adolescente possuir consciência das consequências de seus atos e que, portanto, seria justa a aplicação da pena naquele que comete conduta tipificada como crime. No entanto, quem desta maneira discursa desconhece os verdadeiros fundamentos da menoridade.

A inimputabilidade, ou seja, atributo que isenta um indivíduo de pena,[3] pode ser, segundo a doutrina, aferida por meio de três sistemas: o sistema biológico, o sistema psicológico e o biopsicológico. Sobre estes critérios, Bittencourt e Conde os apresentam a partir da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940:

> São conhecidos em doutrina *três sistemas* definidores dos critérios fixadores da inimputabilidade ou culpabilidade diminuída: a) *biológico*; b) *psicológico*; c) *biopsicológico*. Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, o Ministro Francisco Campos, justificando a opção legislativa, conceitua cada um desses sistemas: 'Na fixação do pressuposto da responsabilidade penal (baseada na capacidade de

3. Isso se seguirmos a concepção traçada pelo art. 26 do CP, que utiliza a expressão "é isento de pena". Nosso Código não define imputabilidade penal, a não ser por exclusão, quando define as hipóteses de inimputabilidade (BITTENCOURT, 2014, p. 474).

> culpa moral), apresentam-se três sistemas: o biológico ou etiológico (sistema francês), o psicológico e o biopsicológico. O *sistema biológico* condiciona a responsabilidade à saúde mental, à normalidade da mente. Se o agente é portador de uma enfermidade ou grave deficiência mental, deve ser declarado irresponsável, sem necessidade de ulterior indagação psicológica. O *método psicológico* não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente, o *método biopsicológico* é a reunião dos dois primeiros: a responsabilidade só é excluída se o agente, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e autodeterminação'. (2000, p. 368-369)

Foi adotado, no Código Penal, em seu art. 26, o critério biopsicológico para aferir a imputabilidade dos doentes mentais e pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou deficiente, já que também exige que, ao tempo da ação ou omissão delitiva, seja "inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".

Todavia, a legislação brasileira, no que tange à inimputabilidade de crianças e adolescentes, decidiu utilizar o critério puramente biológico, ignorando se estes possuem ou não plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento (BITTENCOURT e CONDE, 2000, p. 369-370; CALLEGARI, p. 184; QUEIROZ, 2010, p. 337). Diferentemente, portanto, do que ocorre com aqueles que possuem "doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado", em que se adota o critério biopsicológico. Bittencourt e Conde (2000, p. 369) explicam que no caso do doente mental leva-se em conta as condições de normalidade psíquica e, por isso houve a adoção do critério biopsicológico, enquanto que, no caso da menoridade, é a maturidade psíquica que levou o legislador a decidir pelo critério puramente biológico.

Outra confusão realizada é a de confundir inimputabilidade com impunidade. O adolescente, embora não responda pelo ilícito perante o "direito penal 'comum'", não fica imune a qualquer tipo de medida, já que é responsabilizado por um regime especial por meio de medidas socioeducativas, inclusive com privação de liberdade (MELFI, 2008, p. 181).

Ultrapassando a consagração do critério biológico e a questão da Teoria do Crime, a inimputabilidade penal para crianças e adolescentes ganha outros contornos quando reconhecida por Tratados Internacionais de Direitos Huma-

nos e também pela ordem Constitucional, já que limitam o poder de decisão do legislador ordinário, impedindo que a política criminal tenha qualquer forma.

No âmbito brasileiro, uma coincidência histórica consubstanciada por meio da concomitância da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 e das discussões internacionais relativas à criança, sobretudo, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, permitiu que a Constituição trouxesse robusta proteção a estas pessoas em fase de desenvolvimento (COSTA, 2013, p. 44).

Em estudo à Constituinte, Pinheiro concluiu que a movimentação parlamentar na Assembleia Nacional Constituinte no sentido de dar proteção integral à criança e ao adolescente não tinha caráter partidário, mas se manifestava individualmente ou por grupos específicos e suprapartidariamente através das mais variadas motivações, como inspirações religiosas e humanitárias (PINHEIRO, 2004, p. 347 e 348).

Do ponto de vista procedimental, a Constituinte foi organizada da seguinte maneira: organizaram-se oito comissões temáticas, as quais eram divididas cada uma em três subcomissões (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012, p. 162). Cada subcomissão elaborava um anteprojeto que depois era enviado à comissão temática a qual pertencia. Em seguida, o relator daquela comissão elaborava um substitutivo, que depois era votado por ela.

Depois disso, os anteprojetos das Comissões temáticas foram enviados à Comissão de Sistematização, que os reuniu em um único documento, o Anteprojeto de Constituição. Este, por sua vez, ainda na Comissão de Sistematização, foi submetido a diversas emendas, resultando no primeiro Projeto de Constituição.

Em seguida, o projeto era votado em plenário, onde ainda poderia receber emendas que alterassem o mérito do texto. Foi neste momento que o chamado Centrão, grupo de deputados constituintes de viés liberal-conservador, conseguiu, na fase final do processo constituinte, realizar mudanças substantivas ao texto final aprovado (BARROSO, 2008, p. 29; SOUZA NETO e SARMENTO, 2012, p. 166).

Terminada a apreciação em plenário, o projeto foi à Comissão de Redação, que tinha por objetivo reformar o projeto no aspecto redacional, embora o tenha extrapolado diversas vezes (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012, p. 169). Finalmente, após a apreciação pela Comissão de Redação, foi aprovado o texto final, que acabou por ser promulgado pela Assembleia Nacional Constituinte.

O direito das crianças e dos adolescentes foi objeto de deliberação na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso e, posteriormente, na Comissão da

Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e da Tecnologia, da qual aquela subcomissão fazia parte.

Especificamente em relação à inimputabilidade, consta do Anteprojeto do Relator daquela Subcomissão que: "Não foram consideradas as sugestões que propunham a redução do limite de idade para fins de responsabilidade penal do menor, por se tratar de matéria afeta à legislação ordinária" (BRASIL, 1987l, p. 11).[4]

Contudo, a inimputabilidade surgiu no processo constituinte logo na Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e da Tecnologia, nos Substitutivos apresentados pelo Relator, constando no art. 53, IV, de ambos substitutivos, a inimputabilidade até os 18 anos de idade, sendo destacada no *caput* como direito (BRASIL, 1987c, p. 6).

Desde logo foram apresentadas propostas de emendas para alterar a inimputabilidade dos 18 para os 16 anos de idade (BRASIL, 1987b). Dentre elas, destacamos a Proposta de Emenda 8S000166-1, apresentada ao Anteprojeto da mencionada Comissão pelo constituinte Farabulini Júnior do PTB (BRASIL, 1987b, p. 38-39), na data de 09.06.1987, cuja rejeição foi acompanhada com um parecer do relator, defendendo que o ingresso de crianças e adolescentes na criminalidade se dá em função do abandono e da miséria e, por isso, a inimputabilidade aos 18 anos foi proposital, para se evitar que posteriormente se reduzisse a maioridade penal (BRASIL, 2015b, p. 135-136).[5] O trecho final do parecer é claro nesse sentido: "houvemos por bem incluir essa prescrição, para evitar que, posteriormente, se reduza esse limite de idade para fins de responsabilidade penal" (BRASIL, 2015b, p. 136).[6]

4. O tema também não constou do Anteprojeto final da mesma subcomissão (BRASIL, 1987k).

5. Nesta fonte citada, a emenda consta com a numeração "00166".

6. Teor literal (*sic*) do parecer: "Estamos convencidos de que os menores infratores são fruto do abandono e da miséria a que são relegados pela sociedade e pelo Estado, cabendo a estes o dever, antes de incriminá-los, de dar-lhes melhores que possam integrar-se dignamente na comunidade. Por isso, embora o art. 27 da Lei n. 7.209, de 11.07.1984, que altera dispositivos do Código Penal, já estabeleça que o menor é inimputável até os 18 anos, houvermos por bem inclui essa prescrição, para evitar que, posteriormente, se reduza esse limite de idade para fins de responsabilidade penal" (BRASIL, 2015, p. 136).
Estas propostas de emendas podem ser encontradas também na Plataforma de Bases Históricas, disponíveis no banco de dados APEM (Anteprojetos, Projetos e Emendas da Assembleia Nacional Constituinte de 1988) do Senado Federal. Ao se colocar

Entretanto, quando submetida à totalidade da Comissão, os substitutivos do relator foram inteiramente rejeitados (BRASIL, 1987a; SOUZA NETO e SARMENTO, 2012, p. 164), voltando o tema da inimputabilidade a ficar fora do Processo Constituinte.

Partindo para a próxima fase, na Comissão de Sistematização, a inimputabilidade demorou a voltar a aparecer no Processo Constituinte. No anteprojeto não houve definição de idade para a maioridade penal (BRASIL, 1987e).

Em seguida, foram apresentadas emendas de mérito para incluir a inimputabilidade ao Anteprojeto da Constituição, propostas tanto para os 18 anos de idade, quanto para os 16 (BRASIL, 1987f, p. 190-191 e 423). Entretanto, o Primeiro Projeto da Constituição apresentado pela Comissão de Sistematização continuou sem definir idade para maioridade penal (BRASIL, 1987g), pois se entendeu que a maioridade penal seria matéria de legislação ordinária, assim como fora o entendimento da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso (BRASIL, 2015b, p. 185-187,191-192, 208-209, 238-240).[7]

Todavia, depois disso, foram apresentados dois substitutivos pelo relator. No segundo deles, em seu art. 259, ficou estabelecida a maioridade penal aos 18 anos de idade, nos exatos termos da Constituição promulgada (BRASIL, 1987h, p. 80). Percebe-se, então, que houve uma superação do entendimento de que o tema não era matéria a ser colocada na Constituição.

Já no plenário, o Centrão apresentou Proposta de Emenda para alterar a redação do art. 266 do Projeto para a seguinte (*sic*): "Art. 261. À inimputabilidade dos menores será regulamentada em legislação especial" (BRASIL, 1987j, p. 136), que, contudo, não prevaleceu.

O art. 228 promulgado e o artigo correspondente da proposta realizada pelo Centrão possuem uma diferença que precisa ser enfatizada para melhor se entender as razões pelas quais o texto constitucional foi explícito ao estabelecer a inimputabilidade aos 18 anos de idade.

A redação proposta pelo Centrão fixaria a maioridade penal aos 18 anos de idade por recepção do art. 27 do CP, de *status* de lei ordinária, tendo, desta forma, o mesmo efeito prático do dispositivo então presente no Projeto. Toda-

---

a palavra-chave "inimputabilidade", esta emenda consta da sexta posição na lista apresentada. Disponível em: [www.senado.gov.br/atividade/baseshist/bh.asp]. Acesso em: 08 jun. 2016.

7. Conforme as emendas 00694, 02921, 06229 e 19241 e seus respectivos pareceres, a maioridade penal seria matéria a ser definida por legislação ordinária. (BRASIL, 2015, p. 185-187,191-192, 208-209, 238-240).

via, tal proposta, se tivesse sido aprovada, teria efeito jurídico diverso. Neste caso, o instrumento legal para eventual alteração da maioridade penal seria a lei ordinária, enquanto a redação do Projeto (equivalente ao art. 228 atual) exigiria uma emenda constitucional, que é deliberada mediante procedimento legislativo mais árduo, isso se não se considerasse a maioridade penal aos 18 anos de idade como cláusula pétrea.

Era esta, portanto, a intenção presente na proposta do Centrão, delegar expressamente ao legislador ordinário a tarefa de fixar a maioridade penal, negando-lhe a natureza de garantia constitucional. Ou seja, restou superada novamente a ideia de que a matéria não seria objeto de legislação ordinária, reforçando a proteção mais rígida que o Constituinte insistiu em dar à criança e ao adolescente.

Assim, concluímos que a inimputabilidade foi propositalmente constitucionalizada e não incluída como mera repetição de dispositivo do Código Penal. Desta forma, verifica-se que o intuito do Constituinte foi retirar do legislador ordinário a prerrogativa de decidir sobre os critérios de controle social no que diz respeito à inimputabilidade de crianças e adolescentes, elevando esta ao patamar de garantia protegida pela rigidez constitucional. Este feito demonstra o respeito do Constituinte aos direitos humanos e que a política criminal, qualquer que seja sua definição, deve respeitar alguns limites, como a proteção das crianças e dos adolescentes.

Nesse ponto, o Constituinte tratou crianças e adolescentes diferentemente dos adultos, valendo-se novamente de critério puramente biológico. Pode-se concluir, portanto, que o art. 228, assim como o inciso mencionado no parágrafo anterior, é consequência natural do princípio da igualdade, positivado no art. 5.º, *caput*. O senso comum poderia induzir que a inimputabilidade se choca com o princípio da igualdade, já que promove tratamentos diferentes a indivíduos em decorrência de idade, supostamente contrariando a vedação à "distinção de qualquer natureza".

Contudo, é exatamente o contrário o que o princípio nos ordena, já que este permite a desigualação para evitar distorções.[8] A diferenciação em situações

8. Bandeira de Mello (2000, p. 21) nos ensina que é possível tratar pessoas de forma diferente, desde que haja um "elemento tomado como fator de desigualação", "correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado" e "consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados".

especiais como postulado do direito de igualdade foi, inclusive, pontuado na Assembleia Constituinte, na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, na qual Carmen Claide[9] se manifestou sobre o princípio da igualdade e inimputabilidade com os seguintes dizeres:

> Nos direitos e garantias individuais propusemos que todos sejam iguais perante à lei, considerando que a igualdade leva em evidentemente as disparidades, *os desiguais como tal têm que ser tratados*, para que possam deixar de sê-lo. Então, há *necessidade da proteção do Estado, para situações especiais*. Afirmamos também a questão da manutenção da *inimputabilidade aos 38 anos (sic)*
>
> (...)
>
> E aqui, inclusive, caberia uma ressalva, aos diferentes tipos de violência do qual o nosso menor é vítima. *Ele é vítima da violência social, que não permite que se desenvolva adequadamente*; ele é vitima da violência policial, da repressão; é vitima do crime organizado, que já foi aludido aqui também; dos empresários do crime que empresariam a prostituição de menores, empresariam drogas e, empresariam roubo (...) (BRASIL, 1987m, p. 157).[10]

A respeito da igualdade, Rothenburg nos explica que a igualdade não se dá apenas a partir de princípios, mas também a partir de regras. Ainda sobre este tema, Alexy (2015, p. 410) afirma que: "se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório". Rothenburg (2008, p. 82) o complementa escrevendo que existe um "dever de diferenciação sempre que isso seja necessário e oportuno para se alcançar uma igualdade efetiva".

Sob esta perspectiva, o Constituinte nada mais fez do que cumprir seu "dever de diferenciação" ao reconhecer nas crianças e nos adolescentes suas particularidades que os levam a ser titulares de direitos especiais.

---

9. Carmen Claide era, naquela ocasião, professora e representava o Movimento Criança e Constituinte (BRASIL, 1987m, p. 156).

10. As atas das Comissões e Subcomissões estão disponíveis para *download* em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituinte]. Acesso em: 08 jun. 2016.

5. A INIMPUTABILIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO GARANTIA AO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Nesse contexto, a Constituição Federal rompeu com a doutrina do menor em situação irregular anteriormente vigente e consagrou a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, em verdadeira virada paradigmática.

Esta última doutrina tem um caráter jurídico-protetivo e estrutura-se sob duas premissas: o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e o reconhecimento de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (LIMA e VERONESE, 2010, p. 429).

Tais premissas estão expressamente dispostas na Constituição. A primeira ao arrolar, logo no *caput* do art. 227, vários direitos à criança, ao adolescente e ao jovem, que são deveres da família, da sociedade e do Estado. Ora, ao reconhecer o dever destes de assegurar os direitos da criança e do adolescente, reconhecem-nos como sujeitos de direitos.

Quanto ao "respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento", esta expressão vem literalmente expressa no § 3.º, V, ao dispor exatamente sobre medidas de privação de liberdade. Além disso, no art. 205 da CF dispõe-se que um dos objetivos da Educação é o "pleno desenvolvimento da pessoa".

Tendo as duas premissas da doutrina de proteção integral conjugadas, bem como as expressões do texto constitucional que aludem ao desenvolvimento da pessoa, percebe-se que há, em verdade, um verdadeiro direito fundamental ao desenvolvimento físico e mental da criança e do adolescente, implícito ao texto constitucional, sobretudo ao art. 227.

No que tange à inimputabilidade, embora o desenvolvimento de cada pessoa ocorra de forma diversa, os Estados têm, ainda assim, se preocupado em fixar um mínimo etário geral para a responsabilidade criminal, haja vista a necessidade de intervir de maneiras diferentes em relação a pessoas em fases de desenvolvimento diferentes (SAENZ, 2008, p. 127 e 129).

Assim, os Estados se utilizaram de critérios múltiplos de política criminal para fixar este *quantum*, dentre estes, critérios relativos à medicina e à psicologia. Neste ponto, portanto, a idade fixada pelo Brasil coincide com o conceito de criança adotado pela Organização das Nações Unidas e com o conceito de "criança" da Convenção sobre os Direitos da Criança. Desse modo, no Brasil, fixou-se na lei o período entendido como adolescência entre os 12 e os 17 anos em razão da fase de desenvolvimento físico e psicológico (SAENZ, 2008, p. 129-130). Seguindo este raciocínio, a fixação aos 18 anos para a aquisição

da imputabilidade se dá em razão do fim da adolescência, enquanto etapa de desenvolvimento, e o início da fase adulta (SAENZ, 2008, p. 132).

O entendimento de que a Constituição reconhece o início da fase adulta aos 18 anos de idade ganhou reforço com a EC 59, de 2009, que firmou, no art. 208, I, a obrigatoriedade do ensino até os 17 anos de idade, período em que o indivíduo ainda está em desenvolvimento (basta lembrar que, segundo a Constituição, uma das funções da educação é o pleno desenvolvimento da pessoa).

Em relação à necessidade de submeter os adolescentes a regime jurídico punitivo próprio, chegou-se à conclusão pela necessidade de dar tratamento específico a estes em decorrência da forte estigmatização que o Processo Penal e a Execução Penal submetem o indivíduo, marcando-o para o resto de sua vida (SAENZ, 2008, p. 133). Então, para evitar esta estigmatização e levando em conta a capacidade de autotransformação do indivíduo em desenvolvimento, a Constituição Federal fixou a inimputabilidade até os 18 anos de idade (MACHADO, *apud* SAENZ, 2008, p. 137).

Nesse sentido, assevera Martha de Toledo Machado, em outra obra, ainda, que um dos motivos que levam à fixação da maioridade penal aos 18 anos pela Constituição Federal é o fato de estas pessoas não terem alcançado estágio de desenvolvimento suficiente para suportar a sanção penal (MACHADO, 2003, p. 236).

Aliás, esta ideia de que a sanção penal deve variar conforme características pessoais, como a faixa etária, já vem assinalada na Constituição, logo no art. 5.º, XLVIII, prescrevendo que a "pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado".

Por estes motivos, é de se concluir que a inimputabilidade para os menores de 18 anos é uma garantia contra o Estado,[11] impedindo que este dê à criança e ao adolescente uma resposta desproporcional em relação ao seu estágio de desenvolvimento.

Sendo a inimputabilidade uma garantia, então, é de grande serventia a clássica distinção entre direito e garantia para examinar o problema constitucional da inimputabilidade. Analisar tal diferenciação é necessário, tendo em vista que a própria Constituição utiliza a expressão "direitos e garantias" quatro vezes em seu texto, portanto, realizando distinção entre as duas expressões.

11. À conclusão semelhante já haviam chegado outros autores, tais como: Loche e Leite, 2002, p. 258; Vidal, 1997, p. 91; Caliari, 2009, p. 187.

Paulo Bonavides destaca a diferença entre direito e garantia de maneira bastante clara. Garantia seria um meio de defesa, que se coloca diante de determinado direito (BONAVIDES, 2010, p. 526). Nesse mesmo sentido, é bastante citada diferenciação apresentada por Jorge Miranda que aduz que:

> Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar condições para a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*. (MIRANDA, 2000, p. 113)

Assim, como já adiantamos, o art. 228 exprime uma garantia individual, uma vez que impõe uma limitação ao Estado em face da criança, confere, portanto, ao indivíduo menor de 18 anos um meio de defesa ante o Estado, respondendo ele de maneira especial, diferente dos adultos. Ora, se a inimputabilidade é uma garantia, logo há um direito por esta protegido, que é o próprio direito da criança de ser criança, ou seja, o direito ao desenvolvimento descrito aqui.

Dessa forma, o art. 228 traria consigo uma das várias garantias (meios de defesa) que servem como mecanismos de proteção ao direito da criança e do adolescente de se desenvolver. Outras garantias das crianças e dos adolescentes com este mesmo intuito seriam: a idade mínima para trabalhar de 16 anos, salvo o aprendiz, aos 14 anos (art. 7.º, XXXIII, e 227, § 3.º, I), a vedação aos trabalhos noturnos, perigosos e insalubres (art. 7.º, XXXIII) e a garantia de direitos previdenciários (art. 227, § 3.º, II).

6. Dos limites à reforma constitucional e a extensão da expressão "direitos e garantias individuais" do inc. IV, § 4.º, do art. 60 da Constituição

Já que a inimputabilidade penal é uma garantia constitucional, a alteração da maioridade penal para ser realizada no ordenamento interno deve ser necessariamente realizada por Emenda Constitucional. Todavia, nem todas as alterações são possíveis de ser realizadas em um texto constitucional.

Uma Constituição, norma pátria de maior hierarquia, merece proteção especial, para isso o próprio Constituinte se ocupou de estabelecer limites à

alteração do texto constitucional. Estes limites mencionados podem ser basicamente de quatro tipos: formais, que dizem respeito às regras do processo legislativo; circunstanciais, que impedem a reforma constitucional em momentos de crise, como o Estado de Sítio; temporais,[12] que impõem um intervalo mínimo para mudanças na Constituição; e materiais, que vedam alguns tipos de deliberações (SOUZA NETO e SARMENTO, 2016, p. 281; SILVA, 2000).

O que nos interessa aqui são os limites materiais, que visam a proteger determinadas matérias que não devem ser objeto de restrição, pois foram eleitas pelo Constituinte como conquistas históricas que merecem tratamento especial.[13]

Estes limites materiais, conhecidos como "cláusulas pétreas", ou "cláusulas superconstitucionais" na nomenclatura de Oscar Vilhena Vieira (1997), estão previstos na Constituição, no art. 60, § 4.º. A Constituição define, então, que não será admitida a emenda "tendente a abolir" certos institutos consagrados por ela, que são a "forma federativa de Estado"; "o voto direto, secreto, universal e periódico"; "a separação dos Poderes" e "os direitos e garantias individuais".

A cláusula que aqui nos interessa é esta última, cuja redação gera até hoje calorosos debates entre os constitucionalistas, que não encontram consenso sobre o tema. O legislador constituinte provocou a controvérsia, pois não utilizou a expressão "direitos e garantias fundamentais", de conteúdo mais abrangente do que "direitos e garantias individuais".

Inclusive, na Comissão de Redação foi proposta a utilização da expressão "direitos e garantias individuais e coletivos", contudo, tal tentativa não vigorou (BRASIL, 1988b, p. 97). Tal constatação sugere que o uso de expressão mais restrita foi de fato proposital. Em razão da controvérsia, existe mais de uma interpretação possível a respeito da expressão.

Oscar Vilhena Vieira identifica três possíveis interpretações da expressão (1997, p. 95-96): a) direitos e garantias individuais de caráter individual, aos quais, aqui entendemos como aqueles de titularidade individual; b) direitos e garantias individuais equivalendo aos direitos e garantias individuais de pri-

12. Alguns autores, como Ingo Sarlet (2015, p. 428), aglutinam os limites temporais e circunstanciais na mesma modalidade, apresentando uma classificação tripartida (formal, temporal ou circunstancial e material).

13. Do ponto de vista da legitimidade democrática, a teoria das cláusulas pétreas é bastante polêmica. Nogueira, por exemplo, afirma que as cláusulas pétreas vinculam as gerações futuras, sendo, portanto, uma verdadeira "ditadura constitucional" (2005, p. 84-85).

meira geração; c) os direitos e garantias individuais como apenas aqueles expressos no art. 5.º. Além destas três, incluímos o entendimento da expressão como sendo o equivalente a todos os direitos e garantias fundamentais prescritos na Constituição, posicionamento defendido, por exemplo, por Marmelstein (2014, p. 278).

Considerando todas, a única que possivelmente excluiria o art. 228 como garantia individual é a aquela que restringe a expressão apenas aos direitos e garantias contidos no art. 5.º, já que a inimputabilidade se encontra no art. 228.

Comecemos então por ela, já que o convencimento de que esta estaria certa já colocaria fim à discussão. Tal interpretação já encontra óbice no próprio art. 5.º, em seu § 2.º, já que este tratou de estender a amplitude de seu rol com a expressão "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros (...)". Tal dispositivo já elimina a interpretação de que o art. 5.º possui rol taxativo.

Além disso, o art. 60, § 4.º, IV, utiliza expressão de sentido aberto, não restringindo, portanto, a determinado dispositivo constitucional. Poderia o Constituinte originário ter utilizado a expressão "os direitos e garantias individuais previstos no art. 5.º" ou o próprio "art. 5.º", mas decidiu usar expressão de conteúdo mais amplo.

Aliás, considerar os direitos e garantias individuais como sendo apenas aqueles previstos no art. 5.º levaria ao absurdo de excluir, por exemplo, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos (SARLET, 2015, p. 440). Por exemplo, os direitos de nacionalidade estão fora do art. 5.º, embora sejam consequência natural do *caput* do art. 5.º, uma vez que este faz menção à igualdade entre brasileiros e estrangeiros.

Cumpre ressaltar que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal adota este entendimento. A Suprema Corte, em 1993, julgando a ADI 939/DF, reconheceu a anterioridade tributária, estabelecida no art. 150, III, *b*, como garantia individual do contribuinte e, portanto, cláusula pétrea nos termos do art. 60, § 4.º, IV, da Carta Magna (ANDRADE, 2009, p. 217-218; BRASIL, 1994).

Ainda, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, na ADI 3.685/DF, também o art. 16 da CF como sendo cláusula pétrea, por considerar a anterioridade eleitoral como garantia individual do cidadão-eleitor (ANDRADE, 2009, 219-220; BRASIL, 2006).

Outro ponto é que existem direitos enumerados no art. 5.º e outros fora deste dispositivo que possuem estrutura muito semelhante. Citamos a irretroatividade penal (art. 5.º, XL) que é uma garantia muito semelhante à mencionada irretroatividade tributária (art. 150, III, *a*), já que ambas impõem ao

Estado limites à aplicabilidade de legislações novas. A Constituição Brasileira é prolixa exatamente por ser bastante protetiva e acaba por repetir seus princípios ao longo de todo o texto constitucional, de modo que restringir os direitos e garantias individuais ao art. 5.º padece de lógica.

Neste raciocínio, tocante à maioridade penal, o inc. XLVIII do art. 5.º, o qual impõe que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado", possui estrutura bastante semelhante à do do art. 228, já que ambos estipulam que a resposta punitiva estatal deve-se dar de formas diferentes de acordo com a idade do indivíduo.

A segunda interpretação possível apontaria os direitos e garantias individuais como os direitos de primeira geração. Os direitos de primeira geração seriam aqueles resultantes do surgimento do Estado Liberal, que reconheceria como direitos essenciais do homem aqueles que impõem uma restrição do campo de atuação do Estado (HACHEM, 2013, p. 619). Contudo, esta interpretação peca por adotar uma teoria considerada pela doutrina como já ultrapassada.

A distinção dos direitos fundamentais por dimensões, avaliando o ponto de vista histórico, tem mais função didática do que prática. E se encontra, inclusive, ultrapassada por enquadrar direitos em compartimentos isolados, enquanto, na verdade, os direitos de uma geração complementam os da geração anterior (HACHEM, 2013, p. 620).

A divisão, por exemplo, entre direitos de primeira dimensão e de segunda dimensão perde o sentido, já que, embora se afirme que os direitos de primeira dimensão exijam apenas uma abstenção do Estado, estes também, assim como os direitos de segunda dimensão, exigem uma postura estatal positiva em construir e manter uma estrutura institucional que permita que os direitos civis e políticos possam "ser eficaz e efetivamente exercidos" (MASTRODI, 2008, p. 67).

Outro motivo é que nem mesmo o Constituinte fez uma separação de forma sistemática. O art. 5.º, embora arrole em sua maior parte direitos considerados de primeira geração, lista também direitos classificados como de outras dimensões.

O inc. LXXIII deste artigo prevê a possibilidade da propositura de ação popular para defesa do "meio ambiente" e do "patrimônio histórico e cultural". O direito ao meio ambiente equilibrado é considerado um direito de terceira dimensão, enquanto o patrimônio histórico e cultural é reconhecido como direito de segunda geração.

Além disso, também está previsto no art. 5.º, LXXIV, o direito de acesso à justiça, que é considerado direito de caráter eminentemente social (direito de segunda dimensão), haja vista que o Estado possui, neste caso, um papel de prestador, não devendo apenas isentar os economicamente desprovidos das custas judiciárias, mas também buscar um equilíbrio frente à outra parte que dispõe de recursos financeiros (NOTARGIACOMO, 2010, p. 440 e 442).

Contudo, mesmo se tal interpretação estivesse certa, a inimputabilidade se coaduna com o conceito dos direitos fundamentais de primeira geração exatamente porque restringe o campo de atuação do Estado em punir, à semelhança das demais garantias frente ao poder punitivo do Estado (irretroatividade penal, legalidade etc.).

A terceira corrente parece estar mais próxima da intenção da Constituinte, tendo em vista que a Constituição faz separação de direitos por titularidade, em pelo menos uma oportunidade, no art. 7.º, que institui os direitos trabalhistas individuais, enquanto nos arts. 8.º ao 11 institui os direitos trabalhistas coletivos. Lembrando ainda que o título do art. 5.º ("Direitos e Deveres Individuais e Coletivos") reforça a noção de titularidade, já que contrapõe o conceito de "Individual" ao de "Coletivo".

Nesse ponto, faria muito sentido considerar como abrangidos pela cláusula pétrea do inc. IV do art. 60 apenas os direitos de titularidade individual. Contudo, pensar desta maneira nos levaria a uma visão por demais reducionista, que não mais subsiste. Não é possível conferir a direitos o caráter mutuamente excludente, de titularidade individual ou de titularidade transindividual (HACHEM, 2013).

Para explicar isso, Hachem faz diferenciação entre dois conceitos: os "direitos fundamentais como um todo" (sentido amplo) e sua "pretensão jurídica jusfundamental" (HACHEM, 2013, p. 628).

Um mesmo direito fundamental pode ensejar diversas pretensões jurídicas. Nesse sentido, tomando o direito à saúde, por exemplo, enxergado de diversas maneiras. Desde, por exemplo, a liberdade do indivíduo de escolher os métodos terapêuticos que irá buscar (um direito que se aproximaria dos direitos de primeira geração, já que impõe uma restrição ao Estado, conferindo ao indivíduo uma liberdade) até o dever do Estado de construir estabelecimentos para o atendimento da população, o que teria um caráter de direito coletivo (HACHEM, 2013, p. 628).

Contudo, mesmo ignorando o equívoco da interpretação, a inimputabilidade possui também titularidade individual (ou possibilita a pretensão jurídica individual). Isso porque, primeiramente, atinge cada criança e adolescente pessoalmente, mas não só por isso.

A Constituição Federal consagra o princípio da individualidade da pena em dois incisos (XLV e XLVI). O primeiro inciso diz respeito à garantia de que nenhuma pena passará do condenado e o segundo, à individualização quanto à aplicação da pena. Ora, se a pena tem caráter individual, a garantia que isenta o indivíduo de pena, ou seja, a inimputabilidade, também possui o mesmo caráter de individualidade.

Claro que, como dito, a inimputabilidade também comporta titularidade coletiva, já que o Estado tem o dever de construir uma estrutura para reeducar os menores infratores e não os deixar encarcerados em Fundações que supostamente reeducam.

Por fim, falta-nos analisar a quarta teoria, em que se defenderia a confusão da expressão "direitos e garantias individuais" e "direitos e garantias fundamentais".

O uso da expressão "direitos e garantias individuais" foi proposital: o Constituinte poderia ter utilizado a expressão "direitos e garantias fundamentais" ou "direitos e garantias individuais e coletivos", mas não o fez. Entretanto, hoje não se admitem mais as interpretações anteriores, ademais, defender que a cláusula pétrea abrange apenas estes ou aqueles direitos fundamentais (e não todos) seria uma maneira de estabelecer hierarquia entre direitos fundamentais.

Então, entendemos que todos os direitos e garantias fundamentais estão agasalhados pela cláusula pétrea, mas não por intenção do Constituinte, que o quis fazer apenas aos direitos de titularidade individual. Esta mudança de sentido ocorre em razão da insustentabilidade desta interpretação, conforme exposto.

7. A EMENDA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO RESTRITIVA DE DIREITOS

O art. 60, § 4.º, IV, da CF dispõe o seguinte: "§ 4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais". A discussão gira em torno da expressão *tendente a abolir*. Poderia se pensar que é apenas inconstitucional a emenda que abole por completo qualquer das cláusulas estabelecidas no art. 60, § 4.º, IV, da CF. Contudo, a expressão aponta para muito mais do que isso. É *tendente a abolir* qualquer projeto de emenda que venha a restringir ou suprimir aquele direito objeto da proposta.[14]

14. O dicionário Aurélio apresenta, dentre outras definições, o verbo *tender* como sendo: "Apresentar tendência, inclinação ou disposição para algo" ou "Aproximar-se, acercar-se" e *tendente* como sendo: "que tende" ou "que se inclina" (Ferreira, 1999, p. 1942).

Voltando à análise da Constituinte, o Anteprojeto apresentado pela Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas trazia, em seu art. 18, *caput*, a seguinte redação: "Não será objeto de deliberação a proposta de reforma que revogue." (BRASIL, 1987n, p. 6-7).

Se tal redação persistisse no texto final, então aquela corrente que defende a inconstitucionalidade apenas da emenda que abolisse o elemento definido como cláusula pétrea por completo estaria com a razão. Contudo, a redação não permaneceu desta forma.

No art. 40, § 2.º, do Anteprojeto da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, a redação que ficou consolidada foi: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir", que é exatamente a que foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte e que passou a ser o art. 60, § 4.º, da CF (BRASIL, 1987d, p. 10).

Qualquer emenda que vise diminuir a maioridade penal, seja para todos os crimes ou apenas para alguns selecionados, restringe a garantia individual conferida à criança e ao adolescente pelo Poder Constituinte Originário, bem como o direito individual de se desenvolver até a idade adulta que foi por ele estabelecida, já que a intervenção punitiva do Estado se dará em idade menor, prejudicando, desta forma, o desenvolvimento da pessoa.

A grande questão que deve ser suscitada se refere à idade fixada como parâmetro para o desenvolvimento da pessoa. Seria juridicamente possível alterar tal parâmetro e, por conseguinte, flexibilizar a garantia do art. 228 da CF?

A questão encontraria respaldo em uma falácia, altamente difundida, de que a redução da maioridade penal teria no fundamento o fato de hoje se ter mais acesso à informação e, portanto, a maturidade chegaria à pessoa mais rapidamente.

Em 2013, o Conselho Federal de Psicologia proferiu parecer desfavorável à PEC 33/2012, que previa a punição de menores de 18 anos e maiores de 16 anos, dependendo do resultado de um incidente de desconsideração de inimputabilidade.

Neste parecer, destaca, entre outros aspectos, a preocupação da Psicologia brasileira com as "peculiaridades dos diferentes momentos do desenvolvimento humano", a constatação de "que o desenvolvimento de cada sujeito ocorre em um contexto relacional, social e histórico, e a compreensão de suas condutas não pode se dar com base em uma perspectiva individualista" e que esta área do conhecimento dá respaldo à Doutrina da Proteção Integral atualmente concebida (Conselho Federal de Psicologia, 2013).

Argumenta, ainda, que a medida socioeducativa está adequada ao processo de emancipação socioeconômica da juventude no Brasil, que ocorre, no mínimo, aos 18 anos, idade em que normalmente se conclui o Ensino Médio.

Em março de 2015, o Conselho Federal de Psicologia reiterou seu posicionamento desfavorável à redução da maioridade penal, relembrando que a questão do adolescente infrator deveria ser posta sob uma perspectiva socioeducativa, e não penal, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Conselho Federal de Psicologia, 2015).

Dessa forma, é imperioso que o Estado, ao dar resposta aos adolescentes infratores, leve em consideração as peculiaridades de sua faixa etária. Não há nenhum embasamento fático na ideia de que reduzir a maioridade penal pode fazer com que os adolescentes amadureçam mais rapidamente.

8. DAS VISÕES DISSONANTES AO TRABALHO DESENVOLVIDO

Existem argumentos que são largamente aplicados no sentido de defender que a inimputabilidade aos 18 anos não é cláusula pétrea ou que, apesar de o ser, a alteração não altera seu núcleo intangível.

Um deles afirma que a definição da idade de inimputabilidade é mero instrumento de política criminal e, portanto, não é cláusula pétrea (SANTOS, 2009, p. 21).[15] Conde já alertava sobre a utilização de conceitos de política criminal, advertindo que:

> Parece evidente que cualquier concepto, sea el de "Sistema del derecho" o "Dogmática jurídico penal", sea el de "Política", "Política Criminal" o cualquier otro, puede ser usado en el sentido que a cada uno más convenga, y que una palabra, expresión o término conceptual por sacrosanta o respetable que parezca, puede ser rellenado con cualquier contenido, desde el más excelso y sublime, hasta el más perverso y miserable (CONDE, 2013, p. 96).

O presente trabalho não tem por objeto definir conceito de política criminal, analisando conceitos que, como enfatizou Conde, podem ser preenchidos com qualquer conteúdo.

15. A autora defende a impossibilidade jurídica da redução da maioridade penal com base em outro fundamento, o da vedação ao retrocesso social, algo que foi objeto do item 3 deste trabalho. Apesar disso, o argumento de que se trata de objeto de mera política criminal continua a ser largamente utilizado para defender a possibilidade jurídica da alteração.

Aliás, Fabiana Saenz afirma que, embora a fixação da maioridade penal tenha seu fundamento em motivos de política-criminal, as decisões políticas tomam por base várias razões (SAENZ, 2008, p. 127).

Embora a escolha da inimputabilidade tenha seus fundamentos de política criminal, no contexto constitucional em que está inserido não está fundamentado neste aspecto.

Como sustentado ao longo de todo este trabalho, a Constituição procurou dar proteção especial às crianças e aos adolescentes, tendo forte motivação histórica em protegê-los, sobretudo, em razão das discussões paralelas que levaram à ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, limitando a definição de critérios de política criminal.

A escusa da "mera política criminal" também não encontra respaldo topográfico na Constituição: se fosse questão de "mera política criminal", a inimputabilidade penal deveria estar localizada no capítulo de "Segurança" ou outro semelhante, e não no capítulo que trata do reconhecimento de Direitos da Família, da Criança e do Adolescente.

Por isso, Loche e Leite (2002, p. 258) explicam que o art. 228 se encontra em um contexto topográfico garantista, tendo em vista os dois artigos anteriores. O art. 226 define a família como sendo a "base da sociedade", tendo "especial proteção do Estado". O art. 227, por sua vez, dispõe inúmeros direitos à criança, ao adolescente e ao jovem, reproduzindo em seu *caput* os princípios consagrados na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança.

Ademais, a escusa de "mera política criminal" ignora o fato de um dispositivo poder ser interpretado dos vários pontos de vista das pessoas afetadas: do ponto de vista do Estado, a inimputabilidade faz parte de uma política criminal, mas ao mesmo tempo é uma limitação do seu poder de punir e, portanto, uma garantia da criança e do adolescente.

Afinal, dizer que a inimputabilidade penal é uma questão de mera política criminal seria o equivalente a dizer que a vedação à pena de morte é política criminal ou que o princípio da anterioridade tributária é mera política fiscal. A própria origem dos Direitos Fundamentais vai no sentido de limitar as políticas Estatais.

Por outro lado, alguns admitem o *status* de cláusula pétrea da inimputabilidade, mas, ainda assim, acreditam que a alteração não viola a Constituição. Em debate sobre a PEC 171/1993,[16] realizado em 24 de março de 2015, na

16. Tal Projeto de Emenda Constitucional propunha a alteração da maioridade penal de 18 para 16 anos. Entretanto, foi aprovada na Câmara dos Deputados, na forma de um substitutivo, cuja tramitação se encontra, na data do fechamento deste artigo, ainda

Câmara de Constituição e Justiça, o professor Fabricio Juliano Mendes Medeiros afirmou que a redução da maioridade penal para os 16 anos é possível juridicamente, pois não viola "núcleo essencial" do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2015a).

Basicamente, a ideia é dizer que a inimputabilidade é cláusula pétrea, mas a definição da idade em que a inimputabilidade se encerra, não. A nosso ver, isso não faz nenhum sentido, não passando de um sofisma para justificar a redução da maioridade penal para qualquer idade. Esse argumento de Medeiros pode levar ao esvaziamento da cláusula pétrea. Imagine-se que seja alterada a maioridade penal para os 16 anos de idade, o parâmetro para posterior alteração passa a ser 16 e não 18. Posteriormente, pode-se alterar de 16 para 14 e, assim, sucessivamente, desnaturando completamente a proteção dada pela Constituição.

Afinal, o adolescente não deixa de ser adolescente apenas porque uma norma jurídica reduziu a maioridade penal de 18 para 16, ou de 18 para 14. Por uma norma como essa, o adolescente seria preso, condenado e apenado como um adulto, algo que fere não só as cláusulas pétreas da Constituição, como todo o bloco de constitucionalidade formado pelos Tratados Internacionais de Direitos da Criança e do Adolescente dos quais o Brasil é signatário.

Isso, em primeiro lugar, pela construção histórica, já que o próprio Constituinte Originário não aprovou a proposta do Centrão, que deixava a definição da idade em aberto. A idade da maioridade penal foi explicitamente definida no texto constitucional como garantia individual das crianças e dos adolescentes.

Em segundo lugar, porque o verdadeiro núcleo intangível, como afirmamos, é o desenvolvimento da pessoa, cujo termo final é estabelecido implicitamente na Constituição como sendo aos 18 anos de idade, sob inspiração da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Essa garantia individual até poderia ser ampliada para cima, mas jamais restringida, já que se trata de garantia individual prescrita pelo Poder Constituinte Originário.

9. CONCLUSÕES

Por todo o aqui exposto, resta apenas a conclusão de que a redução da maioridade penal não encontra respaldo em qualquer dos instrumentos internacionais pertinentes ao tema, sobretudo, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Bem como é considerada pela Constituição Federal como

---

no Senado Federal. Este substituto propõe a redução da maioridade penal para 16 anos no caso de crimes hediondos e alguns outros crimes.

cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV).

Em outras palavras, a Carta Magna estendeu a estes sua proteção pétrea, impedindo que, no futuro, uma maioria deliberasse sobre os direitos e garantias de uma minoria formada por pessoas que sequer podem se eleger. Afinal, ainda que Democracia seja o governo da maioria sobre a minoria,[17] um Estado Democrático de Direito tem por finalidade a salvaguarda dos direitos fundamentais de todos.

Em relação à Convenção sobre os Direitos da Criança, embora o tratado não utilize literalmente a expressão "inimputabilidade", impõe ao Brasil a obrigação de manter a maioridade aos 18 anos, ao exigir que as pessoas desta faixa etária sejam julgadas por lei e instituições específicas e responder pela infração penal cometida de forma breve e separadamente dos adultos.

Por isso, mesmo que o Poder Legislativo aprove uma Emenda Constitucional que reduza a maioridade penal e o Supremo Tribunal Federal, contrariando a tese da inconstitucionalidade, a declare constitucional, o caso poderá ser levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que poderá levar o Brasil a julgamento na Corte Interamericana de Direitos Humanos por descumprimento da Convenção dos Direitos da Criança, firmada perante a ONU.

10. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, Fábio Martins de. As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília,

17. Sobre a tensão entre regime majoritário e as minorias, confira artigo federalista n. 10 escrito por James Madison na obra *The Federalist Papers* (1787) e Alexis de Tocqueville em *Democracia na América* (2010, p. 188-190).

v. 46, n. 181, p. 207-226, jan./mar. 2009. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194903/000861767.pdf?sequence=3]. Acesso em: 08 jun. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: A reconstrução democrática do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 179, p. 25-37, jul./set. 2008. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176538/000843866.pdf?sequence=3]. Acesso em: 08 jun.2016.

BELOFF, Mary. 2000. Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos. *Justicia y Derechos Del Niño*, Buenos Aires, n. 2, p. 77-89,2000. Disponível em: [www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos2.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

BERNARDI, Dayse Cesar Franco; PONIWAS, Marina de Pol. Novas leis e velhos conceitos o conceito de "menores" – um preconceito instituído e mantido para crianças e jovens pobres. In: CARVALHO, M. C. N. (org.). *Psicologia e Justiça:* Infância, Adolescência e Família. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. *Anteprojeto da Comissão da Família, da Educação, da Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: [www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-206.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. _____. *Emendas Oferecidas ao Substitutivo*. Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: [www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-203.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. _____. *Substitutivo ao Anteprojeto da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: [www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-204.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições. *Anteprojeto da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: [www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-126.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. Comissão de Redação. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "B"). Ata da Comissão de Redação*. Brasília: Senado Federal, 1988. Anais da Assembleia Constituinte. Disponível em: [www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/redacao.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. Comissão de Sistematização. *Anteprojeto de Constituição*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: [www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. _____. *Emendas oferecidas ao Anteprojeto de Constituição. Volume I (Emendas 1 a 2731)*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: [www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-221.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. _____. *Projeto de Constituição (da Comissão de Sistematização)*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: [www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-226.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. _____. *Substitutivo às Emendas de Plenário aprovado pela Comissão de Sistematização. Título VIII: Da Ordem Social*. Comissão de Sistematização, Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/comissao-de-sistematizacao/vol249_FasePSIM.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. _____. *Substitutivo do Relator (Segundo)*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: [www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-242.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. *Estudo Comparativo, correlacionando o Projeto de Constituição (A) com as emendas do "Centrão" e as demais emendas de Plenário e com os destaques apresentados*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Seção de documentação parlamentar: Constituinte Fase S. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituinte/plenario/vol283_FaseSSIMtituloVIII.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. *Anteprojeto da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso*. Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: [www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-216.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. _____. *Anteprojeto do Relator da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Relatório e Anteprojeto de Norma Constitucional. Disponível em: [www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-214.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. _____. *Ata da Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso*. Brasília: Senado Federal, 1987. Disponível em: [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituinte]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas. *Anteprojeto da Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987. Disponível em: [www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-140.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Câmara Notícias. *Redução da maioridade penal pode ser admitida, diz advogado constitucionalista*. Câmara dos Deputados. Brasília: 2015. Disponível em: [www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/484239--REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL-PODE-SER-ADMITIDA,-DIZ-ADVOGADO-CONSTITUCIONALISTA.html]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Centro de Documentação e Informação. Coordenação de Relacionamento, Pesquisa e Informação – Corpi. *Panorama do Processo Constituinte: Construção do artigo 227 da Constituição*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: [www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/25-anos-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente/construcao-do-artigo-227-da-constituicao-federal]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, *Subsecretaria de Edições Técnicas*, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Dec. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). Rio de Janeiro: 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Dec. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Dec. 99.710. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília: *Diário Oficial da União*, 1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480-DF. Brasília: *Diário da Justiça*, 2001. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.685-8 Distrito Federal. Brasília: *Diário da Justiça*, 2006. Disponível em: [www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ADI3685%20Eros%20Grau.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____._____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7 Distrito Federal. Brasília: *Diário da Justiça*, 1994. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. _____. Recurso Extraordinário 349.703-1 Rio Grande do Sul. Brasília: *Diário da Justiça*, 2009. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____._____. Recurso Extrordinário 466.343-1 São Paulo. Brasília: *Diário da Justiça*, 2009. Disponível em: [www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

BRUÑOL, Miguel Cillero. Adolescentes y Sistema Penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos Del Niño*, Buenos Aires, n. 2, p. 77-89, 2000. Disponível em: [www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos2.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

CALIARI, Fábio Rocha. A menoridade penal na Constituição Federal. In: GOUVEIA, Carlos Marcelo; HOFFMAN, Luiz Augusto A. de Almeida (org.). *Atual panorama da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONDE, Francisco Muñoz. Dogmática jurídico penal y política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, v. 105, p. 95- 117 nov./dez. 2013.

Conselho Federal de Psicologia. Parecer do CFP sobre a PEC 33/2012. *Conselho Federal de Psicologia*. Brasília, 2013. Disponível em: [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/06/Parecer-PEC-33_FINAL.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. *Parecer sobre a Redução da Maioridade Penal*. Brasília, 2015. Disponível em: [www.abepsi.org.br/new/wp-content/uploads/2015/04/Parecer-do-CFP--sobre-a-redu%C3%A7%C3%A3o-da-maioridade-penal.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

COSTA, Ana Paula Motta. Os Direitos dos Adolescentes no Sistema Constitucional Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 24, p. 41-61, 2013. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/4224/6363]. Acesso em: 08 jun. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio Século XXI:* O Dicionário da Língua Portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999.

GABRIEL, Amélia Regina Mussi. Hierarquia jurídica da norma internacional de direitos humanos em face do art. 5.°, § 3.°, da Constituição Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 165, p. 255-265, jan./mar 2005. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/395/R165-22.pdf?sequence=4]. Acesso em: 08 jun. 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013. Disponível em: [http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505/377]. Acesso em: 08 jun. 2016.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral de crianças e adolescentes negros no Brasil: uma abordagem a partir dos

instrumentos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 425-439, jan./jun. 2010. Disponível em: [http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/42/42]. Acesso em: 08 jun. 2016.

LOCHE, Adriana Alves e LEITE, Antonio José Maffezoli. Redução da Maioridade penal – Ineficácia Social e impossibilidade constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10, n. 37, p. 253-260, 2002.

MACHADO, Martha de Toledo. *Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MADISON, James. Federalist n. 10. *The Federalist Papers*. Disponível em: [www.gutenberg.org/files/1404/1404-h/1404-h.htm#link2H_4_0010]. Acesso em: 08 jun. 2016.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MASTRODI, Josué. *Direitos Sociais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MASTRODI, Josué; ROSMANINHO, Mariane Dantas. O direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 113-134, jul./dez. 2013. Disponível em: [http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/317/333]. Acesso em: 08 jun. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3.º do art. 5.º da Constituição e sua eficácia. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/739/R167-08.pdf? sequence=4]. Acesso em: 08 jun. 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELFI, Renata Ceschin. *O adolescente infrator e a imputabilidade penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENEZES, Celso Antonio Martins. A importância dos tratados e o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 166, p. 65-77, abr./jun. 2005. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/450/R166-04.pdf?sequence=4]. Acesso em: 08 jun. 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional Tomo IV*: Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Nações Unidas. *Convention on the Rights of the Child*. 1989. Disponível em: [www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. *Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System*. 1997. Disponível em: [www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CriminalJusticeSystem.aspx]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. *United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines)*. 1990. Disponível em: [www.un.org/documents/ga/res/45/a45r112.htm]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. *United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*. 1990. Disponível em: [www.un.org/documents/ga/res/45/a45r113.htm]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. *United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules)*. 1990. Disponível em: [www.un.org/documents/ga/res/45/a45r110.htm]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____. *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules")*. 1985. Disponível em: [www.un.org/documents/ga/res/40/a40r033.htm]. Acesso em: 08 jun. 2016.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Adolescência, Juventude e Redução da Maioridade Penal*. Brasília, 2015. Disponível em: [http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/06/Position-paper-Maioridade-penal-1.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

NOGUEIRA, Cláudia de Góes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 166, abr./jun. 2005, p. 79-94. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/461/R166-05.pdf?sequence=4]. Acesso em: 08 jun. 2016.

NOTARGIACOMO, Daylan Gonçalves. Acesso à Justiça: Conceito, diferenças e alternativas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 7, n.7, p. 440-442, jan./jun. 2010. Disponível em: [http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/248/242]. Acesso em: 08 jun. 2016.

Organização dos Estados Americanos. *American Convention on Human Rights "Pact of San Jose, Costa Rica"*. São José da Costa Rica: 1969. Disponível em: [www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

_____.Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Comunicado de Imprensa 036/2015*. Comunicado de Imprensa. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2015/036.asp]. Acesso em: 08 jun. 2016.

PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. A criança e o adolescente, representações sociais e processo constituinte. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 9, n. 3, p. 343-355, set./dez. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/pe/v9n3/v9n3a02.pdf]. Acesso em: 08 jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAMANZINI, Isabela Gerbelli Garbin. Supremo Tribunal Federal: equilíbrio entre a Constituição e os Tratados Internacionais. *Boletim Meridiano 47*, v. 15, n. 141, p. 44-50, jan./fev. 2014. Disponível em: [http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/9873/7623]. Acesso em: 08 jun. 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 2, p. 77-92, jul./

dez. 2008. Disponível em: [http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144]. Acesso em: 08 jun. 2016.

SAENZ, Fabiana Eduardo. *Política Criminal e Limite Etário de Responsabilidade Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SANTOS, Amanda Farias Galvão. Apontamentos jurídicos acerca da redução da maioridade penal. *Revista Direito e Liberdade*, v. 10, n. 1, p. 17-32, jan./jun. 2009. Disponível em: [www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/210/233]. Acesso em: 08 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMÕES NETO, Áureo. A recepção constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 5, p. 1-44, 2009. Disponível em: [http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/221/214]. Acesso em: 08 jun. 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. São Paulo: *Folha de S. Paulo*: 2010.

VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. A irresponsabilidade penal do adolescente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 18, p. 87-92, abr./jun. 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. *Lua Nova*, n. 42, p. 53-97, 1997.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A intangibilidade da maioridade penal estabelecida na Constituição de 1988, de Lucio Feres da Silva Telles – *RDCI* 92/233-244 (DTR\2015\12677);
- A redução da maioridade penal e a relação da ressocialização prisional com os direitos humanos fundamentais, de Antonio Baptista Gonçalves – *RT* 912/305-324, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/207-225 (DTR\2011\4320); e
- Redução da maioridade penal e suas implicações dogmático-constitucionais, de Tiago Felipe Coletti Malosso – *RT* 866/460-474 (DTR\2007\722).

L'EMPRISE RELATIVE DU DROIT SUR LE CONCEPT DE VIOLENCE MORALE

A CONSIDERAÇÃO RELATIVA DO DIREITO SOBRE O CONCEITO DE VIOLÊNCIA MORAL

ISABELLA CHRISTINA DA MOTA BOLFARINI

Doutoranda em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie (em curso), São Paulo. Doutorado (interrompido) em Direitos Humanos – Universidade Paris1 – Panthéon Sorbonne, França. Mestrado Acadêmico em Direito Comparado – Universidade Livre de Bruxelas (reconhecido pela USP), Bélgica. Mestrado Profissional em Direitos Humanos – Universidade Católica de Louvainla Neuve, Bélgica. Especialização em Educação e Direito – Universidade Católica do Uruguai Lorrenzo Larrañaga, Uruguai. Especialização em Educação em Direitos Humanos – Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Costa Rica. Formações complementares em Docência Superior: Fundação Getúlio Vargas (FGVLaw – SP), Academia Nacional da Polícia Federal -DF e Faculdade Ages – BA. Graduação em Direito – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília/SP. Foi consultora do Conselho Nacional de Educação; consultora e coordenadora pelo PNUD nos Ministérios da Educação e da Justiça. Foi professora na Academia Nacional da Policia Federal, na Universidade AGES, no Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de São Paulo e na Universidade Paulista. Atualmente é professora no Departamento Penitenciário Nacional e na Escola Nacional de Assuntos Penitenciários doutoranda e pesquisadora bolsista (Bolsa Taxa Mackpesquisa e Bolsa Capes Prosup) na Universidade Presbiteriana Mackenzie.
isabolfarini@hotmail.com

Recebido em: 16.03.2016
Aprovado em: 28.04.2016
Última versão autora: 06.05.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RÉSUMÉ: Cet article prétend analyser les mesures utilisées par le droit pour déterminer qualitatif et quantitativement le concept de violence morale. Pour ce faire, il faut impérativement comprendre que cette expression de la violence implique une souffrance psychique qui doit être considérée pour la quantification par l'ordre juridique de la douleur humaine. D'ailleurs, la souffrance n'est pas l'unique indicatif qu'il faut retenir, l'analyse autour des victimes, des méthodes utilisées et de l'influence du temps sur l'emprise du droit à l'égard du concept de violence morale doivent également être mis en lumière. Nous allons partir

RESUMO: O presente artigo analisará quais as medidas utilizadas pelo direito para a delimitação qualitativa e quantitativa do conceito de violência moral. Nosso ponto de partida é a consideração de que esta forma de violência implica graus de sofrimento psíquico que devem ser quantificados juridicamente. De certa forma, o sofrimento não é o único indicador que deve ser determinado, pois a análise das vítimas, dos métodos utilizados e a influência do tempo sobre a extensão jurídica do conceito de violência moral devem ser igualmente destacados. Partiremos da análise do conceito de violência moral e, em

d'une l'analyse du concept de violence morale et ensuite, nous allons croiser cette notion avec la législation internationale et la jurisprudence des Cours Européenne et Interaméricaine des Droits de l'Homme qui versent sur la matière.

MOTS-CLÉS: Violence morale – Droits de l'homme – Torture.

seguida, cruzaremos os elementos desse conceito com a legislação internacional e a jurisprudência das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos que versam sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Violência moral – Direitos humanos – Tortura.

Sumário: 1. Introduction – 2. L'enjeu des critères relatifs et universels sur la détermination du concept de violence et torture psychique par le droit international – 3. L'extension du concept de violence morale – 3.1. Mesures qualitatives – 3.2. Mesures quantitatives – 3.2.1. Le critère relatif de l'influence du temps pour la détermination de violence morale – 4. Conclusion: L'emprise potentielle du droit sur le concept de violence morale – 5. Références Bibliographiques – Législation consultée – Jurisprudence de Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme consulté.

1. INTRODUCTION

La violence est une question qui intéresse directement le monde juridique, soit par la tentative de la maîtriser, soit par la tentative de la combattre préventivement. Le pouvoir de persuasion du droit à l'égard des politiques adoptées contre la violence montre que, malgré les nombreux efforts pour limiter ces pratiques, les actes violents sont à nos jours très courants, indépendamment du type de violence exprimé.

Dans le contexte pénitentiaire, lorsqu'un individu se trouve privé de sa liberté, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue strictement nécessaire par son comportement, porte atteinte à la dignité humaine et constitue en principe une violation du droit à l'intégrité personnelle. La première forme de violence qui vient à l'esprit dans le contexte des prisons est celle utilisée par les autorités publiques ou agents de sécurité des établissements pénitentiaires afin d'obtenir des aveux, de maintenir l'ordre interne des locaux ou encore comme une espèce de punition de la part de l'État pour les crimes commis – qui pourrait caractériser une sorte de vengeance de la part de la Justice.

L'aspect de la violence considéré à partir des conditions de vie en milieu carcéral, doit aussi être observé. Cet aspect est l'expression directe d'une violence morale qui dépasse les limites de la conscience et qui arrive à des con-

séquences physiques permanentes chez les victimes. Pour pouvoir procéder à l'appréciation du seuil de gravité quantitatif et qualitatif de la violence, il faut tenir compte des circonstances particulières de la cause, mais faut-il essayer d'étendre ces circonstances ? Est-il possible de considérer comme circonstance particulière la situation sociale et économique des pays concernés?

Comment analyser le degré de souffrance des personnes qui ont toujours été tenues à l'écart de la société? Cela étant, quel serait le point de référence pour les prisonniers-victimes lors de leurs dépositions contre les mauvais traitements inhérents aux conditions de vie dans les établissements pénitentiaires? Auraient-ils des points de vues divergeant à propos des conditions de vie minimales qui devraient leur être garanties?

Pour procéder à l'analyse de toutes ces questions, il faut commencer par l'observation de l'emprise juridique sur le concept de violence morale afin de déterminer les mesures utilisées par le droit pour interdire, limiter et empêcher les actes violents.

2. L'ENJEU DES CRITÈRES RELATIFS ET UNIVERSELS SUR LA DÉTERMINATION DU CONCEPT DE VIOLENCE ET TORTURE PSYCHIQUE PAR LE DROIT INTERNATIONAL

La violence morale sera observée dans cet article à partir de plusieurs critères différents afin de tracer les mesures utilisées par le droit. Pour ce faire, il faut impérativement comprendre que cette expression de la violence implique une souffrance psychique qui doit être considérée pour la quantification par l'ordre juridique de la douleur humaine. D'ailleurs, la souffrance n'est pas l'unique indicatif qu'il faut retenir, l'analyse autour des victimes, des méthodes utilisées et de l'influence du temps sur l'emprise du droit à l'égard du concept de violence morale doivent également être mis en lumière.

Dans les mots de Pound, "l'administration de la justice peut être améliorée par un effort intelligent,[1] cet effort est le résultat du travail humain – l'homme à l'origine et à la fin de la pensée juridique, en tant que créateur/législateur et destinataire/victime."

1. POUND, Roscoe. *The Call for a Realist Jurisprudence*. Harvard Law Review, v. 44, No. 5, p. 697-711, published by: The Harvard Law Review Association, 1931, p. 710. (Notre traduction).

> La reconnaissance que le droit n'est pas entièrement autonome et ne peut donc être susceptible d'une décision mécanique conduit à une révélation, apparemment évidente dans une démocratie, que le droit est malléable et qu'il est un outil pour favoriser et mettre en œuvre les idéaux démocratiques, et non pas une fin en soi.[2]

Cette révélation, suscitée par Melton, vient renforcer l'argument basé sur la nécessité d'une complémentarité scientifique pour l'évolution juridique progressive. L'auteur affirme que le droit est vraiment une "bonne chose" et qu'il confirme la valeur de l'humanité et reconnaît officiellement à chaque citoyen une personnalité unique, ce qui favorise un sentiment de communauté. Cela se fait non seulement par la résolution équitable des différends qui menacent le tissu social, mais aussi et plus subtilement, par l'énoncé des normes de la communauté à partir des valeurs ancrées dans la cultura.[3] Selon Melton,

> Prendre les personnes au sérieux exige plus (...), exige également l'attention sur l'expérience quotidienne des citoyens. Si la loi confirme l'importance de l'individu, le sens des idées dans le droit doit correspondre à une compréhension commune, les hypothèses dans le droit ne doivent pas falsifier ou mystifier l'expérience, et le droit devrait protéger ces intérêts qui sont les plus subjectivement critiqués à l'égard de l'entretien de la dignité. Dans la mesure où le droit a des effets indirects sur le comportement, il faut créer des structures qui facilitent le comportement social compatibles avec les normes communautaires et favoriser le traitement égalitaire des personnes en situation de désavantage.[4]

Dans ce sens, il serait intéressant de paraphraser Boni, quand l'auteur affirme que le regard que l'homme porte sur soi et sur son semblable est décisif pour la construction de l'individu, "notre œil regarde, notre esprit aussi.[5] Le regard qui reste dans la sphère subjectif, crie des liens, rassemble ou sépare

2. MELTON, Gary B. *The Law Is a Good Thing (Psychology Is, Too): Human Rights in Psychological Jurisprudence*. Law and Human Behavior, v. 16, n° 4, p. 381-398, published by Springer, 1992, p. 383. (Notre traduction).
3. Idem, p. 384. (Notre Traduction)
4. Idem, p. 514.
5. BONI, Tanella. *Regard humain, regard inhumain, regard de proximité*. Diogène, 2001/1, N° 193, p. 75.

les hommes et" chaque regard, d'où qu'il vienne, est empreint de culture. (...) Mais en regardant l'autre comment le voyons-nous, est-ce que nous le voyons?[6]

Pour que le droit puisse dépasser les limites de la matérialité et arriver à maîtriser et mesurer les faits et circonstances qui ne peuvent être analysés que dans la sphère subjective de l'individu, il faut qu'il franchisse un pas très important, il faut qu'il arrive à regarder au-delà de l'apparence. Le regard devient décisif, car il a la capacité de réunir les êtres humains et subtilement, de rentrer dans cet univers subjectif si nuageux.

3. L'EXTENSION DU CONCEPT DE VIOLENCE MORALE

La violence morale ou psychique provoque chez l'individu des conséquences sévères tout comme la violence physique. Dans l'ouvrage dirigé par Ojeda sur le trauma de la torture psychologique, il a été mentionné que la

> (...) psychological torture has undeniably psychological cosequences. A recent cross-sectional study of 279 survivors of torture in the Balkans found, for example, that the effects of psychological torture were comparable to those of physical torture. In fact, it was discovered that physical torture and psychological torture were similar in terms of the mental suffering they caused.[7]

De façon générale, les séquelles psychologiques causées dans le cas de la torture psychique sont les suivantes: "delirium, psychosis, regression, self-mutilation, cognitive impairment and anxietydisorders, incluing Posttraumatic Stress Disorder".[8]

Ojeda, dans son texte initial qui délimite le terme "Torture Psychologique", a énuméré toute une série de pratiques qui peuvent être considérées comme des types de violence morale quand elles sont pratiquées pour torturer les individus et qui (dans les exemples cités) ont été utilisées par des groupes communistes, la CIA, pendant les interrogatoires des prisonniers de Guantanamo, etc. Selon lui, en principe, il y a deux façons de définir ce type de crime (torture psychologique), l'une consiste dans le listage d'un roll de techniques/pratiques qui constituent la torture psychique, l'autre vise l'identification de la propriété

6. Ibidem.

7. OJEDA, Almerindo (Edited by.). *The Trauma of Psychological Torture.Disaster and Trauma Psychology Series*. London: Westport, Connecticut. Praeger, Gilbert Reyes Series Editor, 2008, p. xiv.

8. Ibidem.

des ces pratiques dans le sens de pouvoir définir dans chaque technique utilisée le seuil d'intensité de la violence employée.

Au-delà des méthodes montrés par Ojeda, Françoise Sironi, dans son ouvrage "Bourreaux et Victimes. Psychologie de la Torture" a fait référence à d'autres pratiques qui peuvent constituer des formes de violence capables de s'encadrer dans le cas de torture. Elle cite comme exemple, la douleur; les privations de nourriture; de boisson; la frayeur par l'horreur qui pourrait être mise en scène de diverses manières, notamment par les simulacres d'exécution; "les transgressions de tabous culturels et la déshumanisation"; "Le brouillage des repères sensoriels", en ce qui concerne les conditions d'incarcération, la privation sensorielle etc.

Les différentes pratiques qui constituent le crime de torture (physique ou psychologique) occasionnent un résultat qui affecte directement l'ordre psychique du torturé. Les violences employées ont toujours pour but l'ouverture de "la tête" de l'individu sans le souci de la "refermer" après avoir obtenu les informations ou les aveux voulus.

Dans la définition de violence donnée par le Webster's II New Riverside University Dictionary[9] (1995), il faut comprendre ce terme comme une force physique employée pour violer, causer des dommages ou abuser d'une personne; c'est un acte ou exemple de comportement violent ou abusif ou d'injuste utilisation du pouvoir.[10] Parmi les différentes interprétations qui peuvent avoir lieu, le concept de violence dans le contexte moral (psychologique) doit être tenu comme l'usage délibéré de la force a fin de violer, causer des dommages et/ou souffrances ou abuser de quelqu'un en ayant par conséquence un trauma d'ordre psychologique. La violence morale est déterminée alors par son résultat. Dans d'autres termes, c'est l'existence d'un trauma psychique qui configure l'existence d'une violence morale (ce type de violence se caractérise par son résultat et non pas par l'acte violent en soi même, lequel peut être d'origine physique ou d'origine morale).

La notion de trauma à son tour a été analysée par Gerrity; Keane e Tuma et selon eux, cette expression peut avoir à la fois une interprétation psychiatrique

9. NEUFELDT, V. (Edited by).*Webster's new world dictionary of the English language*. New York: Simon & Schuster, 3rd edition, 1988. *Cité in*: GERRITY, Ellen; KEANE, Terence M.; TUMA, Farris, 2001, p. 07. (Notre traduction).

10. GERRITY, Ellen; KEANE, Terence M.; TUMA, Farris (Edited by.). *The mental Health Consequences of Torture*. New York: Kluwer Academic, Plenum Publishers. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2001, p. 07. (Traduction Libre).

et médicale. Le premier, le trauma psychiatrique, assume un significat différent car il fait référence à une expérience émotionnelle douloureuse, pénible ou un choc qui produit un effet psychique durable. Le trauma médical, de son coté, implique une sérieuse blessure ou choc/bouleversement.[11] "This definition is often associated with trauma medicine practiced in emergency rooms and is also a generally accepted layperson view of the term".[12] À la différence du premier concept, il n'y a pas été mentionné que le trauma médical occasionne un effet ou une conséquence durable chez l'individu, d'ailleurs, la définition du trauma psychiatrique est intimement liée au diagnostic du "posttraumatic stress disorder" (PTSD) qui implique l'exposition de quelqu'un à un facteur de stress extrême et traumatique lié à une expérience personnelle (ou en condition de témoin d'une expérience violente) de mort ou menace de mort, ou qui peut occasionner des sérieuses blessures ou d'autres menaces à son intégrité physique ou à l'intégrité personnelle de tierce personne.[13]

Les problèmes psychologiques les plus souvent rencontrés chez les victimes de torture incluent trois ordres de symptômes: a) symptômes psychologiques comme l'anxiété, dépression, irritabilité ou agressivité, isolement, éloignement social etc.; b) symptômes cognitifs comme la confusion ou désorientation, perte (diminution) de la mémoire et de la concentration, diminution des capacités de lecture et c) symptômes neurocognitifs comme le manque d'énergie, insomnie, cauchemar, dysfonction sexuelle. D'autres résultats rencontrés dans les études autour des victimes de la torture font référence à certains symptômes complémentaires comme des modèles de sommeil anormaux, somatisation et changement de personnalité.[14]

De l'analyse de ces problèmes psychologiques avec les pratiques mentionnées soit par Sironi soit par le texte dirigé par Ojeda, il est possible d'apercevoir que d'une façon générale, le but majeur de la violence psychique est la "réduction de la personne à l'universel". La transformation de l'individu est toujours le point central de toute pratique violente et la torture en soi est un moyen "utile" pour arriver à ce but car elle peut détruire partiellement ou

11. NEUFELDT, V. (Edited by).*Webster's new world dictionary of the English language*. New York: Simon & Schuster, 3rd edition, 1988, *Cité in*: GERRITY, Ellen; KEANE, Terence M.; TUMA, Farris, 2001, p. 07. (Notre traduction).
12. Ibidem.
13. American Psychiatric Association.*Diagnostic and statistical manual of mental disorders*. Washington, DC: 4th edition, 1994, p.424. (Traduction Libre).
14. GERRITY; KEANE; TUMA, 2001, p. 38-39. (Traduction Libre).

totalement ce qui a été nommé de "lieux corporels qui sont précisément des lieux d'échange".

C'est alors l'individuel qui est perdu et pourtant toute la singularité qui sépare et diffère les individus les uns des autres qui est mise en échec. Les pratiques violentes extrêmes font que l'individu perd sa "diversité"[15] individuelle, ce qui affecte directement la façon dont il affrontera les conflits émotionnels et motivationnels.

Toutes les distinctions dans la façon d'apercevoir les simples propriétés des objets physiques sont orientées par les différences par rapport au niveau d'apprentissage et d'expérience passé par une personne avec ces objets, par exemple:

> (...) les expériences perceptuelles pendant l'observation d'une marque de tenture sont décrites de façon différente par des individus qui appartiennent à des différentes sociétés. Ces différences peuvent être interprétées comme un réflexe des valeurs culturelles de chacun.[16]

La protection de cette diversité a été prévue très clairement dans la Déclaration des Principes sur la Tolérance[17] qui détermine dans son 1er article le droit à la différence dans plusieurs aspects, comme le physique, les conditions sociales, les valeurs, les opinions, les comportements etc.

Selon Krech et Crutchfield,

> La singulière constitution de l'individu – ses capacités spécifiques, ses motivations, ses valeurs et traits, sa façon spéciale par laquelle tout devient ordonné – constitue sa personnalité. La personnalité est déterminée par la constitution biologique et par les expériences de

15. "*La première chose la plus notable par rapport à l'individu est le fait qu'il est un être unique. Ses perceptions, motifs, émotions et comportements adaptatifs sont uniques chez chaque individu. Et la chose la plus notable à l'égard d'un group d'individus est le fait indiscutable des différences individuelles. (...) Les hommes sont différents par rapport à plusieurs types de compétences –telles que les capacités mécaniques, les compétences musicales et les compétences artistiques. (...) Mais peut-être l'intelligence soit la caractéristique la plus importante pour différencier les hommes les uns des autres*". (KRECH, David et CRUTCHFIELD, Richard. *Elementos de Psicologia*. 5. ed. São Paulo: Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, Livraria Pioneira Editora, 1974, p. 13. Traduction Libre).

16. Idem, p. 51 (Traduction Libre).

17. Approuvée par la Conférence Générale de l'UNESCO dans sa 28ème réunion fait à Paris, le 16 novembre 1995.

> vie de l'individu. De cette manière, comme l'on pourrait espérer, il y a, dans la façon d'apercevoir le monde, des différences significatives dues aux différences de personnalité.[18]

Pour ces auteurs, la personne est formée par un processus intégré qui inclut la "perception, le sentiment et la pensée"[19] et selon eux, l'une des principales caractéristiques qui différencie l'homme des autres espèces est l'extraordinaire capacité de "regarder soi-même" laquelle commence à se développer dès l'enfance et peut subir des changements légers ou drastiques en arrivant même à la possibilité de destruction totale.

> L'individu s'aperçoit comme un "type de personne" déterminée, qui a des traits, des habitudes, des caractéristiques comportementales spécifiques, des compétences et connaissances liées à des croyances, valeurs et attitudes orientées à certains objets, objectifs et désirs. Il s'aperçoit aussi, par la façon par laquelle il est lié à l'environnement – ces objets, les groupes sociaux auxquels il appartient, le *statut* social, les rôles qu'il joue et la façon qu'il est perçu par les autres. (...) Le "moi" est constitué de couches successives, comme un oignon. Dans la mesure que, à partir de la couche externe, on avance par les couches successives, on se rapproche de la couche plus centrale du moi. Et finalement, quand la dernière couche a été atteinte, que se passe-t-il? Comme l'oignon, où il n'y a plus rien après l'extraction de la dernière couche, le "moi", quand il a été blessé, ne peut plus continuer à exister.[20]

Lorsque la violence morale atteint le "moi intime" de l'individu, la personnalité qui le compose se trouve brisée. Les différentes couches du "moi" mentionnées par les auteurs forment un ensemble de facteurs qui constituent l'homme et sa personnalité en soi (à partir des expériences vécues par chaque individu, ce qui le singularise à l'égard de tous les autres et qui détermine son regard sur soi-même et sur les objets dont il a eu contact), comme par exemple les biens extérieurs, sa réputation, son *statut social*, sa famille, ses amis, ses vêtements etc.

L'une des preuves de la diversité humaine se trouve justement dans la capacité de surmonter ou non la destruction/extraction de ces couches. Cette plus

18. Idem, p. 52-54. (Traduction Libre).

19. Idem, p. 231-232 (Traduction Libre).

20. Idem, p. 237 (Traduction Libre).

grande ou moindre capacité sera influencée, d'une certaine façon, par des facteurs externes comme les différences culturelles, le niveau de développement social et économique, etc, qui peuvent influencer les conséquences vécues par chacun pendant la destruction des différentes parties de son "moi". Pour illustrer cela, Krech et Crutchfield ont donné l'exemple suivant:

> (...) pour certaines personnes, il ne resterait plus rien après la perte de leurs couches 'périphériques'; la personne tomberait dans un état végétatif ou mourrait. Pour d'autres personnes apparaîtrait un désir de vengeance, pur et unique, dont lui seul constituerait le sens de l'existence (son moi). Dans d'autres cas, les couches les plus centrales resteraient intactes – par l'influence d'un ensemble de croyances ou une foi transcendante.[21]

Parler alors d'une possible notion de violence morale ou psychique sans essayer de comprendre la constitution du "moi" de l'individu deviendrait un essai superficiel lorsque l'homme victime d'un acte de violence morale ou physique aura toujours son être blessé. Selon les mots de Hannah Arendt, dans son ouvrage "*La vie de l'esprit*", les passions et les émotions de notre âme ne sont pas seulement limitées au corps car elles paraissent avoir les mêmes fonctions de sustentation de la vie et de la préservation de nos organes internes. Comme exemple, elle cite la peur, qu'en tant que

> (...) émotion indispensable à la survie, indique le danger et sans elle aucune chose vivant pourrait durer longtemps. L'homme courageux n'est pas celui dont l'âme n'a pas d'émotion, ou qui a pu la surmonter une fois pour toutes; mais plutôt celui qui a décidé qu'il ne veut pas la montrer (l'émotion). (...) Ces choix sont déterminés par plusieurs facteurs, dont la plupart sont fixés par la culture (...).[22]

Le lien entre les émotions et la vie de l'individu est direct et les violences psychiques peuvent justement briser ce lien si fondamental pour la survie de l'homme en société (rupture des lieux d'échange). Les pratiques violentes et leurs conséquences à l'égard de la formation du "moi" de l'individu ont pour résultat des dommages qui peuvent parfois être irrémédiables (comme dans l'exemple de l'extrait des couches du "moi"). Le concept de violence psychique ne peut cependant être éloigné de celui de trauma psychologique, lequel est intimement lié au diagnostic du "posttraumatic stress disorder" (PTSD)

21. Idem, p. 238 (Traduction Libre).

22. ARENDT, Hannah. *A vida do Espírito*. Trad. Cesar Augusto de Almeida, Antônio Abranches e Helena Martins. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 52.

qui implique l'exposition de quelqu'un à un facteur de stress extrême et traumatique et qui occasionne des symptômes psychologiques, cognitifs et neurocognitifs.

Indépendamment alors des pratiques violentes choisies pour caractériser un comportement/acte comme une forme de violence morale/psychique (comme dans les exemples de l'isolement, de la débilité psychologique, de la désorientation spatiale, de la désorientation temporelle, de la désorientation sensorielle, des humiliations sexuelles, de la manipulation de substances pharmacologues, de la monopolisation de l'attention, de l'induction de quelqu'un à la débilitation ou exhaustion, de la dégradation, de la provocation d'un état d'anxiété et agressivité, de la privation de nourriture ou de boisson, de l'utilisation de positions physiquement stressantes, de la privation sensorielle, de l'exposition au froid et à la chaleur, etc), la souffrance est toujours présente et les séquelles se prolongent dans le temps dans la plupart des cas.

Devant ces circonstances, lorsque l'individu est atteint dans ses couches personnelles et individuelles les plus centrales, son "moi" peut disparaître ou développer des conduites obsessionnelles ou des comportements agressifs résultant de la transformation de sa personnalité, ce qui peut engendrer, dans des nombreux cas, la déshumanisation de la victime et la rupture de ses repères qui le liait au monde.

3.1. Mesures qualitatives

Les mesures qualitatives dont le droit fait appel pour qualifier et quantifier la violence morale, sont pratiquement les mêmes que celles utilisées pour déterminer l'extension de la violence physique. L'analyse des sujets (auteur/victime) et des méthodes utilisées est aussi importante pour établir la portée de la violence morale que pour la mesure de la violence physique. Mais à la différence de cette dernière, dans l'étude de la violence psychique il est possible d'apercevoir que les critères universels et relatifs (par rapport aux victimes et aux moyens) se côtoient. En d'autres termes, de l'observation des textes normatifs, on entrevoit l'enchaînement de certaines expressions qui empêchent l'identification exacte de l'amplitude de la norme par rapport aux actes de violence morale.

Dire que le droit pénal (national ou international) présente une lacune à cet égard, ne serait pas une exagération, car comme il a déjà été exposé, la violence psychique se passe dans la sphère intime/individuelle de l'homme, ce qui ouvre une marge d'appréciation beaucoup plus large et variable, même si le droit fondamental violé est considéré comme universel.

Dans ce sens, pour mesurer pleinement l'amplitude de la violence morale, le droit devrait agréer les critères universels et indépendants aux critères relatifs et dépendants, car il n'est pas convenable de séparer les faits ou les méthodes utilisés, des victimes potentielles du droit violé. Cette dernière affirmation trouve sont support dans l'observation des différentes législations internationales et nationales qui essaient de combler la difficulté au niveau de la mesure du degré que la violence morale peut ou non avoir.

Comme premier exemple, il faut prendre en considération le texte de l'article 1er du Code de conduite pour les responsables de l'application des lois[23] qui prévoit la pénalisation de tous les actes illégaux pratiqués par les responsables de l'application des lois. Selon les commentaires de l'article,

> (...) la présente disposition vise non seulement tous les actes de violence et de déprédation et autres actes préjudiciables, mais également la totalité des actes interdits par la législation pénale. Elle est également applicable aux actes commis par des personnes non susceptibles d'encourir une responsabilité pénale.[24]

L'extension de ce dispositifest très large par rapport à l'acte et aux méthodes qui caractérisent la violence; car l'illégalité de l'action peut engendrer des souffrances ou dommages d'ordre physique et/ou moral. Mais la question qui s'impose est la suivante: quels sont ces actes ? Difficile de les déterminer car le texte laisse ouvert la pénalisation d'un acte par tout comportement violent (moralement ou physiquement) ou tout autre acte/pratique qui pourrait porter un type quelconque de préjudice (moral ou psychique).

De même, l'article 4 de la Convention contre la torture et autre peines, ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[25] a prévu, quant à l'auteur du crime de torture, la pénalisation de "n'importe quelle personne" qui est complice des actes de torture. Dans ce cas, le critère universel est directement

23. Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979 (résolution 34/169). Article premier: "*Les responsables de l'application des lois doivent s'acquitter en tout temps du devoir que leur impose la loi en servant la collectivité et en protégeant toutes les personnes contre les actes illégaux, conformément au haut degré de responsabilité qu'exige leur profession*".

24. Idem, commentaires à l'article 1er.

25. Conclue à New York le 10 décembre 1984, article 4, §1er: "*Tout Etat partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture*".

lié au critère relatif, tout d'abord par la gravité du crime qui importe la condamnation de toute personne qui le pratique ou facilite sa matérialisation,[26] ensuite, par la relativité de la portée des actes qui impliquent une prohibition universelle quand le législateur a considéré comme passible de condamnation tout acte "qui constitue une complicité ou une participation" à la torture. Dans d'autres termes, lorsqu'il a dit "tout acte" qui peut caractériser une complicité, le législateur a laissé une marge de main d'ouvre très large à l'applicateur de la norme car dans la signification du mot 'acte' il y a l'ouverture à l'action qui se passe dans la subjectivité de l'homme.[27]

La Convention contre la Torture et autre Peines ou Traitements Cruels, Inhumains ou Dégradants[28] dans le paragraphe 1er de son article 16 mentionne que les Etats doivent s'engager à interdire sur leur territoire ou leur juridiction

> (...) d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture (...) lorsque de tels actes sont commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprimé ou tacite.

Ce dispositif présente une indétermination par rapport à la définition de l'extension pratique d'une peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant.

---

26. Il y a ici la réaffirmation de la norme de *jus cogens* qui prohibe de façon absolue la pratique de la torture par toute et n'importe quelle personne – critère universel –, ce qui ouvre à nouveau le questionnement autour des personnes non susceptibles d'encourir une responsabilité pénale – critère relatif.

27. Acte: "*Action humaine considérée dans son aspect objectif plutôt que subjectif; le fait d'agir* (...). " LE ROBERT. *Dictionnaire d'Ajourd'hui*. (Rédaction dirigée par Alain REY. France: France Loisirs. Mai 1995, p. 11). Il est possible d'observer dans cette définition que l'ouverture à l'aspect subjectif de l'acte existe, même si l'aspect objectif emporte la position interprétative majoritaire. Cela étant, il serait possible de comprendre que "tout acte " qui implique une complicité selon le texte normatif, pourrait (aussi) être la motivation ou volonté de l'individu qui n'a pas encore passé à l'action concrète.

28. Conclue à New York le 10 décembre 1984. Article 16 § 1: "*Tout Etat partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier lorsque de tels actes sont commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. En particulier, les obligations énoncées aux art. 10, 11, 12 et 13 sont applicables moyennant le remplacement de la mention de la torture par la mention d'autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Droits de l'homme et libertés fondamentales* ".

Il n'y a pas ici une définition ou délimitation des actes qui peuvent encourir ces types de crime. D'un coté, cela peut être positif car la détermination expresse des telles pratiques pourrait limiter l'amplitude de la norme à d'autres comportements/actions qui ne seraient pas prévus dans le texte, par contre, l'aspect négatif de cette indétermination ne peut pas passer inaperçu, lorsqu'il incombera au juge (et son interprétation subjective) la charge de définir la portée de ce qui serait entendu comme un traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradant.[29]

Un autre aspect intéressant est celui trouvé dans l'alinéa 'c' de l'article 2 commun à la Convention pour la Prévention et la Répression du crime de Génocide[30] et au Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda et l'alinéa 'b' de l'article 2 de la Convention Internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, du 30 novembre 1973, qui déterminent que l'une des pratiques qui caractérise le génocide et l'apartheid est la "soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle". Le terme 'conditions *d'existence*' peut englober toute une série de conditions, pratiques et actions capables de détruire un groupe.

---

29. Dans ce sens, il y a d'autres dispositifs qui sont tout aussi indéterminés par rapport aux actions qui engendreraient le crime en question-, comme par exemple l'article 7 du Pacte International des Droits Civils et Politiques; le §3, "b", des Principes relatifs aux moyens d'enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pour établir la réalité des faits, Résolution 55/89 de l'Assemblée Générale; l'article 17 de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949; le Paragraphe 87, "a" des Règles des Nations Unies pour la Protection des Mineurs privés de Liberté adoptées par l'Assemblée Générale dans sa Résolution 45/113 du 04 décembre 1990; le Principe 2 des Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1982 (résolution 37/194);le §2 de l'article 5 de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, du 22 novembre 1969 et les articles 3, 'i' et 5 des Statuts des Tribunaux Pénaux pour de Rwanda et pour l'ex-Youguslavie respectivement.

30. Approuvée par l'Assemblée générale dans sa résolution 260 A (III) du 9 décembre 1948, entrée en vigueur: le 12 janvier 1951 (" *Article II: Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un des actes quelconques ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel: c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle*")

Le point intéressant de ces articles se trouve dans la mention (prévision) du type de destruction qui, en tant que 'physique totale ou partielle', a été détachée de la mention d'atteinte psychique. Cela pourrait ouvrir une discussion à l'égard de la violence morale qui n'est pas couverte par ces trois traités car selon une interprétation exacte du texte, il faut l'existence d'une atteinte physique capable de détruire tout ou partiellement le groupe sans compter que la violence morale/psychique est tout à fait capable de détruire le "moi" de toute personne et comme déjà exposé, les violences morales peuvent viser très directement un groupe, ce qui facilite la déshumanisation de sa victime (le passage de l'individuel à l'universel).

Soit dans l'article 11 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (que prévoit que" toute personne privée de liberté doit être libérée dans des conditions qui permettent de vérifier avec certitude qu'elle a été effectivement relâchée (...) de telle manière que (...) sa faculté d'exercer pleinement ses droits soit assurée"), soit dans les paragraphes 58[31] et 65[32] de l'Ensemble des Règles minimales pour le traitement des Détenus[33] (qui déterminent que les peines sont justifiées par la protection de la société contre le crime par un traitement (peine) capable de susciter chez le prisonnier non seulement le désir, mais aussi la responsabilité à l'égard de sa propre survie en société libre), il est possible de voir que dans ces trois dispositifs (article 11 et §§ 58 et 65), le législateur s'est inquiété de la protection du "moi" de l'individu. Tout d'abord quand, à la fin de la peine, il prévoit que la personne doit être en état d'exercer pleinement ses droits, ce qui implique la

31. § 58. *"Le but et la justification des peines et mesures privatives de liberté sont en définitif de protéger la société contre le crime. Un tel but ne sera atteint que si la période de privation de liberté est mise à profit pour obtenir, dans toute la mesure du possible, que le délinquant, une fois libéré, soit non seulement désireux, mais aussi capable de vivre en respectant la loi et de subvenir à ses besoins".*

32. § 65. *"Le traitement des individus condamnés à une peine ou mesure privative de liberté doit avoir pour but, autant que la durée de la condamnation le permet, de créer en eux la volonté et les aptitudes qui les mettent à même, après leur libération, de vivre en respectant la loi et de subvenir à leurs besoins. Ce traitement doit être de nature à encourager le respect d'eux-mêmes et à développer leur sens de la responsabilité".*

33. Issu du Premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Genève, 22 août-3 septembre 1955: rapport établi par le Secrétariat (publication des Nations Unies, numéro de vente: 1956.IV.4), annexe I.A; amendé par le Conseil économique et social dans sa résolution 2076 (LXII) (ajout de la section E, intitulée "Personnes arrêtées ou incarcérées sans avoir été inculpées").

garantie de la conscience. Ensuite, quand il mentionne que la peine doit développer chez l'individu le sentiment de responsabilité et de respect.[34]

Selon la théorie freudienne sur le conscient et l'inconscient

> (...) tout notre savoir est toujours lié à la conscience. Nous ne pouvons connaître l'inconscient lui-même qu'en le rendant conscient. (...) Que signifie: "rendre une chose consciente ?" (...) Sont conscientes en principe toutes les perceptions qui viennent de l'extérieur (perceptions sensibles); et sont également conscients ce que nous appelons sensations et sentiments qui viennent du dedans.[35]

Dans les mots de Hannah Arendt, la notion usuelle de 'conscience' fait référence au fait que

> Je puisse être conscient de moi-même, et qui, pourtant, d'une certaine façon, je puisse apparaître pour moi-même, ce qui ne peut jamais assurer la réalité. (...) Vue de la perspective du monde, chaque nouvelle créature est bien équipée pour vivre dans un monde où Être et Apparaître coïncident; sont des créatures aptes à l'existence mondaine.[36]

Lorsque que la norme détermine cette nécessité de conscience du prisonnier au but de sa peine, cela implique, même d'une façon indirecte, que toute violence psychique ou physique capable de détruire ou anéantir les "couches du moi" de l'individu sont interdites.

L'imprécision de la norme internationale sur la violence morale/psychique ne s'arrête pas là, il y a d'autres expressions aussi imprécises qui sont souvent utilisées pour incriminer la violence morale/psychique par les traités, comme par exemple

> Tout acte d'intimidation ou de représailles ainsi que toute autre forme d'ingérence lors du dépôt d›une plainte ou pendant la procédure d›enquête soient dûment sanctionnés[37] ou encore "les

34. Dans ce sens il est possible de trouver encore le paragraphe 12 des Règles des Nations Unies pour la Protection des mineurs privés de liberté, adoptées par l'Assemblée Générale dans sa Résolution 45/113 du 14 décembre 1990 ou encore le Principe 21 de l'Ensemble des Principes pour la protection des personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement et §5 de la Déclaration de Kampala sur les conditions de détention dans les prisons en Afrique Résolution 1997/36 du Conseil économique et social.

35. FREUD, 1968, p. 10 et 14 (Traduction Libre).

36. ARENDT, 2010, p. 36. (Traduction Libre).

37. §5 de l'Article 13 de la Déclaration sur la protection de toute personne contre les disparitions forcées. (Notre Soulignement)

> plaignants, les témoins, les personnes chargées de l'enquête et leur famille jouiront d'une protection contre les violences, les menaces de violence ou toute autre forme d'intimidation";[38] "Le personnel de l'établissement doit assurer la protection (...) contre les abus et l'exploitation (...) sexuels, physiques et émotionnels (...)";[39] "Les prisonniers de guerre doivent de même être protégés (...) contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique. Les mesures de représailles à leur égard sont interdites";[40] "Aucune pression morale ou physique ne pourra être exercée sur un prisonnier de guerre (...)".[41]

Ces expressions et surtout celles qui font référence à la prohibition de toute pression morale ou de tout abus ou exploitation émotionnelle ouvrent une marge d'appréciation très large au juge. Comme exposé par Hannah Arendt, les sentiments et les émotions sont des passions provoquées par des événements externes qui peuvent affecter l'âme et produire des réactions internes chez l'être humain.[42] Selon Krech et Crutchfield, le terme "émotion" fait référence à un état d'excitation de l'organisme qui se présente sous trois formes: a) l'expérience émotionnelle, comme dans l'exemple de celui qui sent de la haine; b) le comportement émotionnel, dans l'exemple de celui qui attaque quelqu'un qui le maltraite; et c) les modifications physiologiques du corps, quand, par exemple le sang monte à la tête ou le cœur bat plus fort etc.[43]

Ces passages montrent pourtant que l'émotion est extrêmement vitale à la survie de l'individu et même si elle est provoquée par un facteur externe, elle incite de réactions internes variables de personne à personne. Les questions qui s'imposent alors sont les suivantes: comment déterminer ou mesurer ce qu'il faut retenir comme une pratique capable d'exploiter émotionnellement

38. §15 des Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions. (Notre Soulignement)
39. Alinéa 'd' du §67 des Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté. (Notre Soulignement)
40. Article 13 de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, l'Article 2 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre et l' Article 13 de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre. (Notre Soulignement).
41. Idem, article 99. (Notre Soulignement).
42. ARENDT, 2010, p. 91.
43. KRECH et CRUTCHFIELS, 1974, p. 265. (Traduction Libre).

quelqu'un ? Que faut-il comprendre par 'pression morale' ? Pour essayer de répondre à ces questions, il fallait revenir sur le point du respect des diversités des hommes. En d'autres termes, est-ce que le droit à la différence (combiné à d'autres dispositifs de protection) pourrait être en mesure d'apporter une protection complémentaire contre les actes/pratiques de violence morale ? Est-ce que, pendant le jugement, ces diversités humaines (capables de provoquer des réactions très diverses dans chaque individu) sont mises en lumière au bénéfice de celui qui est jugé ou au profit de celui qui juge ? Il ne faut pas oublier que les différences individuelles qui constituent le "moi" sont développées à partir du niveau d'apprentissage[44] et des expériences personnelles de chacun.

Comme dernier exemple du scénario nuageux des textes légaux internationaux sur la prévision de ce qu'il faut comprendre par violence psychique, il convient d'analyser l'article 2 de la Convention Interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture.[45]

> Article 2: Aux effets de la présente Convention, on entend par torture tout acte par lequel sont infligées intentionnellement à une personne des peines ou souffrances, physiques ou mentales, (...). On entend également par torture l'application à toute personne de méthodes visant à annuler la personnalité de la victime ou à diminuer sa capacité physique ou mentale, même si ces méthodes et procédés ne causent aucune douleur physique ou angoisse psychique.
>
> Ne sont pas couvertes par le concept de torture les peines ou souffrances, physiques ou mentales, qui sont uniquement la conséquence de mesures légalement ordonnées ou qui leur sont inhérentes, (...). (Notre soulignement).

---

44. "*(...) Les enfants qui vivent dans de situations de pauvreté présentent plus de difficultés d'apprentissage caractérisées soit par un pauvre sens d'organisation et de perception, soit par la difficulté de raisonnement non verbal et spatial, pour faire attention aux détails, pour être persistante et pour faire les devoirs plus rapidement et efficacement, pour gérer et soutenir les représentations liées aux devoirs proposés, etc*". (BOLFARINI, Isabella C. M. *A Educação em Direitos Humanos como instrumento hábil de combate à pobreza.* Monografia entregue para a obtenção de certificado de conclusão do XXVIII Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos – Educação em Direitos Humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2011, p. 21). (Traduction Libre).

45. Voir également l'article 1er de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de l'ONU, du 10 décembre 1984 et l'article 1er de la Déclaration sur la protection de toute personne contre la torture et autre peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations Unies du 09 décembre 1975.

Les expressions soulignées montrent très clairement que le législateur a eu l'inquiétude de prévoir la protection morale/psychique des personnes, néanmoins, il a limité le caractère protecteur de la norme lorsqu'il a affirmé que ne seraient pas couvertes par le concept de torture, les souffrances physiques ou mentales conséquentes des mesures légalement ordonnées ou qui leur sont inhérentes. La définition du terme 'souffrance' implique "le fait de souffrir physiquement ou moralement "[46] et 'souffrir signifie "éprouver une souffrance, des douleurs physiques ou mentales. (...) Avoir bien du mal, peiner, (...) éprouver un dommage".[47] Pour la psychologie, la douleur est une émotion liée aux stimulis sensoriels[48] caractérisés en tant qu'expériences émotionnelles liées à une stimulation sensorielle, agréable ou désagréable par rapport aux objets. Le sentiment émotionnel produit est dirigé vers l'objectif qui peut être positif ou négatif,[49] comme dans l'exemple de la répugnance, le déplaisir et le plaisir. Ce type d'émotion peut être influencé par l'environnement externe qui peut changer constamment.

> Le changement environnemental peut avoir son origine dans les forces externes ou peut être originaire du comportement de la personne. De toute façon, ce changement environnemental peut provoquer des changements dans la manière par laquelle une situation va se présenter à l'individu et cette situation sera associée aux changements des expériences émotionnelles. (...) En tant que conséquence de l'état émotionnel, les perceptions que la personne peut avoir d'une situation déterminée changent. Pour l'homme effrayé, tous les types

46. LE ROBERT. *Dictionnaire d'Aujourd'hui*. Rédaction dirigée par Alain Rey. Paris: France Loisirs, 1995, p. 958.

47. Idem, p. 959.

48. Outre ces émotions, il y en a d'autres, comme dans l'exemple des émotions primaires qui apparaissent très tôt dans le développement de l'individu et sont provoquées par des circonstances simples liées aux activités dirigées par un objectif ce qui les rend observables pendants les degrés plus élevés de tension, comme la joie, la peur, la rage et la tristesse. Mais il y a aussi les émotions liées à l'estime de soi qui sont les sentiment de réussite ou échec, de timidité, de culpabilité ou de regret. Ces émotions sont directement liées à la perception que l'individu a de soi même et de son comportement par rapport à d'autres normes de comportements. Et finalement, il y a les émotions liées à d'autres personnes, comme l'amour, la jalousie, l'envie, la haine et les émotions d'appréciation, comme l'humeur, le rire, les sentiments esthétiques, la solitude et l'admiration. (KRECH et CRUTCHFIELS, 1974, p.276-299. (Traduction Libre)).

49. Idem, p. 276. (Traduction Libre).

> d'objet, qui avant lui étaient neutres, maintenant sont dangereux et augmentent encore plus son angoisse.[50]

Quand le législateur international a utilisé cette expression ("ne sont pas couvertes par le concept de torture les peines ou souffrances, physiques ou mentales qui sont uniquement la conséquence de mesures légalement ordonnées"), il n'a pas tenu compte de l'effet qu'un changement environnemental peut avoir sur l'individu et l'intensification perceptuelle qui lui est conséquente. Si les traités en général visent la protection de l'état de santé mentale des personnes privées de libertés et si la prison en soi est un environnement qui provoque une grande tension chez l'individu, cela pourrait bien occasionner un changement quelconque dans la personnalité[51] du prisonnier.

Malgré le fait que la majorité des traités sont imprécis sur la définition des pratiques ou actes qui peuvent encourir dans le concept de violence morale/psychique, il y a quelques traités qui ont défini un peu plus la notion des ces actes/pratiques. Comme exemple, il faut mentionner le paragraphe 2 de l'article 13 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux qui interdit "les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile"; le paragraphe 67 des Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté[52] qui englobe dans la définition des traitements cruels, inhumains ou dégradants

> Les châtiments corporels, la réclusion dans une cellule obscure, dans un cachot ou en isolement, et toute punition qui peut être préjudiciable à la santé physique ou mentale d›un mineur doivent être interdites. La réduction de nourriture et les restrictions ou l'interdiction des contacts avec la famille doivent être exclues (...).

---

50. C'est ce qu'on appelle "intensification perceptuelle". (Idem., p. 300-301 (Traduction Libre)).

51. Personnalité en tant que structure psychologique totale de l'individu constituée par les compétences, les traits individuels, la motivation, les habitudes, les idées, etc. De façon résumée, la personnalité est tout ce qui le psychologue peut dire sur un individu. (*Ibid.*, p. 263. (Traduction Libre)).

52. Ainsi que le paragraphe 31 de l'Ensemble des Règles minimales pour le traitement des détenus et l'article 87 de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre qui prohibent les peines corporelles, la mise au cachot obscur, les peines d'isolement et de la réduction de nourriture (sans l'accord du médecin à l'égard de l'état de santé du détenu); toute mesure punitive capable d'altérer la santé physique ou mentale de l'individu et toute peine collective.

De l'analyse de ces informations, il est clair que les pratiques qui composent 'la violence morale ou psychique' pourrait en fin de compte avoir comme cause première la violence physique et non seulement un acte moralement ou psychologiquement violent car la violence morale ne peut pas être mesurée par le droit seulement en tant qu'action violente, mais aussi en tant que résultat ou conséquence de toute autre expression matérielle et/ou immatérielle de la violence (soit elle physique ou psychique).

3.2. Mesures quantitatives

À la différence de l'analyse présentée à l'égard de la violence physique, le degré d'intensité provoqué (de la gravité ou de la souffrance morale/psychique) qui différentie les actes de violence comme plus ou moins graves ou qui sont capables de produire des conséquences plus ou moins néfastes seront observés à partir d'une nouvelle optique: les conséquences de la violence morale d'un coté et l'échelle quantitative qui résulte de ces conséquences de l'autre.

Les traités internationaux qui ont essayé de mesurer quantitativement la violence (soit elle d'ordre morale/psychique ou d'ordre physique), ont souvent fait appel aux expressions suivantes:

– (...) le terme "torture" désigne tout acte par lequel une *douleur ou des souffrances aiguës*, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne (...);[53]
– (...) le génocide s›entend de l›un des actes quelconquesc ci-après, commis dans l›intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel: (b) *Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale* de membres du groupe;[54]

53. Article 1, §1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, conclue à New York le 10 décembre 1984 et Article 1er, §§ 1 et 2 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1975 [résolution 3452 (XXX)].

54. Article II, alinéa 'b' de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, approuvée par l'Assemblée générale dans sa résolution 260 A (III) du 9 décembre 1948.

– On entend par "victimes" des personnes qui (...) ont subi un préjudice, notamment une *atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale*, (...) ou une *atteinte grave à leurs droits fondamentaux*, (...). – (...) les Etats doivent s'efforcer d'assurer une indemnisation financière: a) Aux victimes qui ont subi un préjudice corporel ou une *atteinte importante à leur intégrité physique ou mentale* des suites *d'actes criminels graves*;[55]
– La torture constitue une *forme aggravée et* délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants.[56]
– Tout acte conduisant à une disparition forcée soustrait la victime de cet acte à la protection de la loi et cause de *graves souffrances* à la victime elle-même, et à sa famille. (...)[57]
– Il y a violation de l'éthique médicale si des membres du personnel de santé en particulier des médecins: *a) Font usage de leurs connaissances et de leurs compétences pour aider à soumettre des prisonniers ou détenus à un interrogatoire qui risque d'avoir des effets néfastes sur la santé physique ou mentale ou sur l'état physique ou mental desdits prisonniers ou détenus* (...).[58]

55. Paragraphes 1, 8 et 12, alinéa 'a' (respectivement) de la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/34 du 29 novembre 1985.

56. Article 1er, §2 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1975 [résolution 3452 (XXX)].

57. Article 1er, § 2 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/133 du 18 décembre 1992.

58. Principe 4, alinéa 'a' des Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1982 (résolution 37/194).

– (...) Tout acte ou omission illicite de la part de la Puissance détentrice entraînant la mort ou mettant *gravement en danger la santé* d'un prisonnier de guerre en son pouvoir est interdit et sera considéré comme une grave infraction (...); – (...) Les prisonnières de guerre ne seront pas condamnées à une *peine plus sévère*, ou, pendant qu'elles subissent leur peine, *traitées plus sévèrement* que les femmes (...). En aucun cas, les prisonnières de guerre ne pourront être condamnées à une peine plus sévère, ou, pendant qu'elles subissent leur peine, traitées plus sévèrement qu'un homme membre des forces armées de la Puissance détentrice (...); – Tout décès ou toute *blessure grave* d'un prisonnier de guerre (...); – Les infractions graves (...) sont (...): l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de *grandes souffrances* ou de porter des *atteintes graves* à l'intégrité physique ou à la santé, (...);[59]
– Le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel: b) *Atteinte grave* à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe; – Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève (...). Ces violations comprennent, sans s'y limiter: a) Les *atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental* des personnes, (...); e) Les *atteintes à la dignité de la personne*, (...).[60]
– Le Tribunal international est habilité à poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir les actes suivants (...): c) le fait de causer intentionnellement de *grandes souffrances ou de porter des atteintes graves* à l'intégrité physique ou à la santé; (...)[61]

59. Articles 13, 88, 121 et 130 (respectivement) de la Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949.

60. Les articles 2, §2 alinéa 'b' et 4, alinéas 'a' à 'h' du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda.

61. L'article 2, alinéas 'a' à 'h' du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (25 mai 1993).

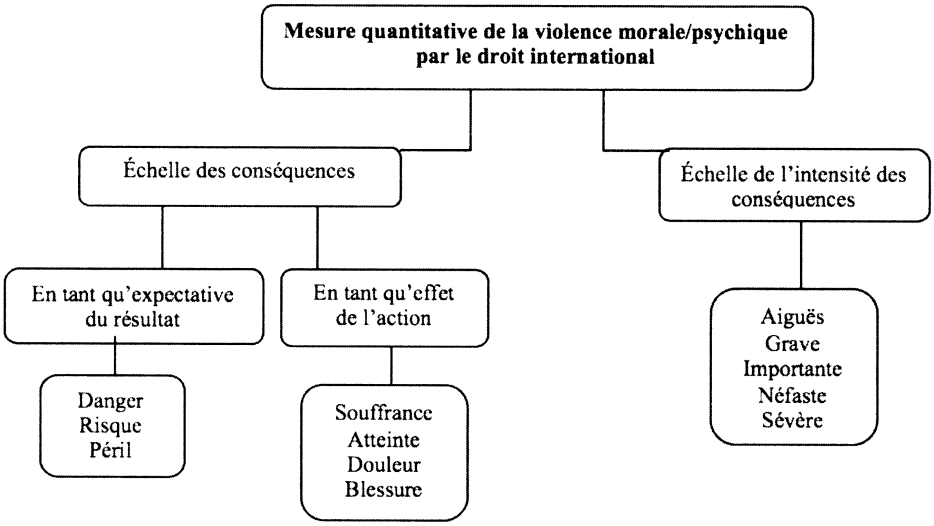
– (...) sont et demeurent prohibés en tout temps et en tout lieu à l'égard des personnes visées au paragraphe 1: a) les *atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes* (...); e) les *atteintes à la dignité de la personne* (...);[62]
– (...) l'expression "crime d'apartheid", qui englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales (...), désigne les actes inhumains indiqués ci-après, (...); a) Refuser à un membre ou à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux le droit à la vie et à la liberté de la personne: ii) En portant *gravement atteinte* à l'intégrité physique ou mentale, à la liberté ou à la dignité des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux (...);[63]

Comme il a été exposé, même si la tentative de quantification de la violence morale/psychique par le droit international n'a pas eu une portée très claire ou très bien définie, ce qui a laissé une marge interprétative plus large que celle de la violence physique, les textes normatifs ont recouru à des expressions qui démontrent la volonté des législateurs à l'égard de protection de la santé mentale des personnes. Des termes comme "douleur ou souffrances aiguës, physiques ou mentales"; "atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale"; "souffrance morale"; "atteinte grave à leurs droits fondamentaux" "graves souffrances"; "*effets néfastes sur la santé physique ou mentaleou sur l'état physique ou mental"; etc, sont quelques exemples des situations utilisées par le droit pour déterminer la portée de la norme par rapport à ce type de violence.*

Par l'analyse de ces textes, il est possible d'entrevoir deux échelles relatives à la mesure de la violence psychique, d'un coté il y a l'échelle des conséquences des actes violents et de l'autre l'échelle de l'intensité de ses conséquences, comme il faut observer dans le schéma suivant:

62. Article 4, paragraphe 2 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) (8 juin 1977).

63. L'article II, alinéa 'a' – ii) de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (30 novembre 1973).



Par rapport à la violence physique, il a été observé que, dans l'échelle universelle, il est courant de voir la séparation, par exemple, de la torture des peines et des traitements cruels, inhumains et dégradants.[64] En ce qui concerne la violence psychique, les degrés observés sont autres car dans l'échelle des conséquences des actes il y a la présence d'un autre facteur important, celui de l'influence du "temps" pour la considération du résultat.

La première perspective déterminée par la loi à l'encontre de la mesure des conséquences de l'action violente est celle de l'expectative du résultat où la simple attente d'un résultat possible suffit à l'incrimination du comportement en question. L'expression utilisée par le droit pour cette expectative est celle du "grave danger à la santé". Par danger, il faut entendre un risque ou péril

64. Comme par exemple la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, Article 5; la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Article 1er, §§ 1 et 2 (qui spécifie clairement que "*la torture constitue une forme aggravée et délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants* "); la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de l'ONU, Article 5; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Article 7; le Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, Article 5; l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, Principe 6; la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Article 3 ou la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, Article 5, §2.

qui caractérise une menace pour l'existence d'une ou plusieurs personnes ou des biens. Parmi les différentes précautions qu'il faut garantir pour assurer l'existence (la vie) des personnes, la garantie de la santé morale/psychique est imminente pour la sauvegarde de la "diversité/identité.

Encore dans l'échelle des conséquences, la deuxième perspective déterminée par le droit a été celle de l'effet que l'action violente peut avoir dans la sphère morale/psychique de l'homme. Les traités utilisent souvent pour mesurer ces effets les termes "souffrance", "atteinte", "douleur" et "blessure". Par le premier, il faut entendre "le fait de souffrir, douleur physique ou morale (...), avoir bien du mal, peiner".[65] La souffrance génère une douleur caractérisée en tant qu'émotion liée aux *stimulus* sensorielscapable de provoquer des *stimulus* désagréables.

L'émotion produite est dirigée à l'objectif ce qui normalement arrive de façon négative. Le terme "atteinte" se caractérise à son tour en tant que "dommage matériel ou moral"[66] et "blessure" signifie entre autres "une atteinte morale, une offense".[67] Dans toutes ces expressions, il faut constater la tentative du législateur d'élargir la portée de la norme à l'encontre des conséquences morales/psychiques de la violence. Plus qu'une mesure de l'acte violent en soi, l'incrimination a été mesurée par rapport aux conséquences morales et/ou psychiques occasionnées chez les victimes. Le plus intéressant ici c'est le fait que, physique ou psychique, la violence est mesurée par les conséquences provoquées chez l'individu, lesquelles ont toujours un caractère d'ordre moral ou psychologique.

Si d'un coté, il faut observer les résultats/conséquences occasionnés, de l'autre, il faut analyser le degré d'intensité des ces résultats. Dans ce sens, la deuxième échelle générale établie par le droit international est celle de l'intensité des conséquences des actes violents. Pour cela, les textes des traités utilisent les expressions suivantes: "Aiguës"; "Grave"; "Importante"; "Néfaste" et "Sévère". Par la première expression (aiguë) il faut entendre "une douleur intense et pénétrante, violente. Vif et pénétrant dans le domaine de l'esprit".[68] Par "grave" et "important" il faut considérer les situations "susceptibles de suites fâcheuses, dangereuses (...), critiques, dramatiques"[69] et "qui importe,

65. LE ROBERT, 1995, p. 958-959.

66. Idem, p. 65.

67. Idem, p. 103.

68. Idem, p. 22.

69. Idem, p. 481.

qui a de grandes conséquences, considérable ",[70] successivement. Les termes "néfaste" et sévère" à leur tour signifient une situation "marquée par des événements malheureux, (...) qui cause du mal, funeste, mauvais, dangereux"[71] et "très grave, très difficile ".[72]

Le quantum utilisé par le droit pour cette mensuration des résultats fait monter le seuil de gravité des souffrances à plus qu'un minimum de douleur provoqué chez la victime. En d'autres termes, lorsque la loi détermine qu'il faut atteindre des résultats/dommages (psychiques ou physiques) aiguës, graves, importants, néfastes ou sévères, elle est moins protectrice que si elle aurait considéré dans certaines circonstances l'acte violent en soi. Dès qu'il a fallu absolument un résultat pour que l'acte soit incriminé, l'absence ou l'impossibilité de prouver les conséquences chez les victimes représentait une lacune que la norme n'a pas su combler (ce qui revient à la charge du droit jurisprudentiel qui appliquera la norme au cas par cas).[73]

D'une façon générale, il est clair que le droit international a insisté sur la tentative de maîtriser la violence, mais ce qu'il ne faut pas laisser passer inaperçu à l'égard de la violence morale est la nécessité d'établir plus clairement ce que le droit entend par atteinte, danger, souffrance ou douleur psychique. Un

70. Idem, p. 523.

71. Idem, p. 673.

72. Idem, p. 943.

73. Comme dans l'exemple du paragraphe 57 de l'affaire Loayza Tamayo Vs. Péru de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Sentence du 17 septembre 1997: *"L'infraction du droit à l'intégrité physique ou psychique des personnes est une espèce de violation qui présente de différentes connotations de degré qui vont de la torture aux autres types de honte ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dont les conséquences physiques et psychiques sont variables selon les facteurs endogènes et exogènes qui doivent être démontrés dans chaque situation concrète. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a mentionné que même dans l'absence des lésions, les souffrances d'ordre physique et moral, accompagnées des perturbations psychiques pendant les interrogatoires, peuvent être considérées comme des traitements inhumains. Le caractère dégradant s'expresse dans un sentiment de peur, anxiété et infériorité a fin de humilier, dégrader et de rompre la résistance physique et morale de la victime (cf. Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Séries A no. 25. párr. 167). Cette situation est aggravée par la vulnérabilité d'une personne illégalement détenue (cf. Case Ribitsch v. Austria, Judgment of 4 December 1995, Series A no. 336, párr. 36). Tout usage de la force qui ne soit pas strictement nécessaire à l'égard du comportement de la personne détenue constitue une atteinte à la dignité humaine (cf. Ibid., párr. 38) en violation de l'article 5 de la Convention Américaine".* (Traduction Libre).

autre point important est celui du minimum de gravité qu'il faut atteindre pour qu'un acte violent soit incriminé, dans ce point la non considération de l'action en soi pour l'incrimination de l'auteur fait baisser le niveau de protection de la norme.

3.2.1. Le critère relatif de l'influence du temps pour la détermination de violence morale

L'expression de la violence est très variée et peut être observée à partir de l'analyse des critères quantitatifs et qualitatifs à l'égard du *quantum* de la souffrance et des douleurs provoquées et ses conséquences directes et indirectes, mais aussi, les méthodes utilisées pour la pratique d'un acte violent. Toutefois le caractère temporel (variable) doit nécessairement être considéré, car le temps est décisif pour la classification des faits.

La considération du temps pour la mesure de la violence psychique doit être observée de deux façons différentes: d'un côté, il faut analyser les effets des actions violentes qui se prolongent dans le temps, comme dans le cas de la disparition forcée et d'un autre, le temps qu'il faut considérer pour la constatation du psychotrauma.

3.2.1.1. L'emprise du droit sur le prolongement dans le temps des effets de l'action violente

À l'égard des effets de la violence il est possible d'observer dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine sur le crime de disparition forcée, qu'un acte violent peut avoir un caractère continu et/ou prolongé dans le temps et occasionner un résultat également permanent chez la victime (directe ou indirecte) de la violence. Dans l'affaire *Anzualdo Castro Vs. Péru*, la Cour a considéré que la disparition forcée ne doit pas être analysée de façon isolée, partagée ou fragmentée à l'égard de la détention, de la torture ou du risque d'assassinat, mais plutôt de façon intégrée. Le traitement intégral qui constitue ce type de crime doit être considéré comme une forme complexe de violation des plusieurs droits fondamentaux. Les traitements constitutifs de la disparition forcée sont continus ou permanents en ce qui concerne ces effets prolongés dans le temps,[74] "la Cour a souvent remarqué que ce crime constitue un fait illici-

74. § 67 de l'affaire *Anzualdo Castro Vs. Péru* de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Sentence du 22 septembre 2009; sur les exceptions préliminaires; le fonds et les réparations. Voir également à ce sujet l'affaire *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*,

te capable de générer une violation multiple et continuée de plusieurs droits protégés par la Convention Américaine, qui met la victime dans un état de vulnérabilité complète".[75] Ce caractère permanent perdure pendant la période dans laquelle les auteurs continuent à occulter le sort de la personne disparue et pendant que les faits n'auraient pas été éclaircis.[76]

Par la superposition de cette analyse dans le scénario carcéral, il faut se poser quelques questions comme celles sur l'aspect continu et permanent des traitements inhumains et dégradants dans un environnement de surpopulations, manque total d'hygiène et des soins médicaux minimums, etc. La question la plus importante qui se pose fait référence à l'état de vulnérabilité absolue dans lequel se trouve une personne emprisonnée dans des conditions de détention inhumaines: les conditions matérielles de détention absolument précaires peuvent-elles être considérées comme un traitement cruel, inhumain et/ou dégradant continu et permanent pendant la période de détention? Ces conditions de détention étant considérées comme inhumaines et/ou dégradantes, ne présentent-elles pas en soi des multiples violations des droits fondamentaux du prisonnier?

En d'autres termes, est-ce que les conditions inhumaines de détention en tant que traitement (cruel, inhumain ou dégradant) de caractère permanent (qui se prolonge pendant la période de détention) tout comme le crime de disparition forcé, ne représentent pas une multitude de violations aux droits primordiaux de l'individu, comme par exemple, le droit à l'intégrité personnelle, le droit à la vie digne, le droit à la santé et au bien être etc.?

De l'analyse des conditions matérielles de détention l'observation la plus courante est celle de la violation des droits d'ordre économique, social ou cul-

---

supra nota 58, §112; l'affaire *Ticona Estrada Vs. Bolivia, supra* nota 63, § 56 et l'affaire *Gómez Palomino Vs. Perú*. Fonds, Réparations. Sentence du 22 novembre 2005. Série C No. 136. § 97.

75. § 82 de l'affaire *Goiburu et autres Vs. Paraguay*. Sentence relative au fond et aux réparations, du 22 septembre 2006.

76. Cour Européenne des Droits de l'Homme, Affaire *Cyprus v. Turkey*, sentence du 10 mai 2001, Application No. 25781/94, §§ 136, 150 and 158; Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, Affaire *Ivan Somers v. Hungria*, Communication No. 566/1993, 57° période de sessions, CCPR/C/57/D/566/1993 (1996), 23 jullet 1996, § 6.3; Affaire *E. y A.K. v. Hungria*, Communication No. 520/1992, 50° période des sessions, CCPR/C/50/D/520/1992 (1994), 5 mai 1994, §6.4, et Affaire *Solorzano v. Venezuela*, Communication No. 156/1983, 27eme période des sessions, CCPR/C/27/D/156/1983, 26 Mars 1986, § 5.6.

turel, comme par exemple, le droit à l'éducation, le droit à la santé physique ou morale, etc. Mais il ne faut pas oublier que l'état de vulnérabilité provoqué par ces conditions provoque au-delà de ça, de multiples violations des droits civils et politiques, comme ceux auparavant mentionnés, ce qui conditionne directement la responsabilité des États.

Lorsque le prolongement dans le temps des résultats/conséquences d'un acte de violence (comme dans l'exemple du traitement inhumain et dégradant continu et permanent dans les prisons) a été analysé, il faut maintenant procéder au raisonnement à l'égard de l'influence et les différentes perspectives d'analyse que ce prolongement peut avoir tout comme les effets qu'il peut occasionner chez les victimes de la violence.

3.2.1.2. L'influence et la distorsion de la notion du temps chez les victimes du psychotrauma

Par trauma, il faut entendre une blessure grave d'ordre physique ou moral capable de provoquer un choc émotionnel important.[77] Comme il a été mentionné auparavant, la notion de trauma peut être confrontée à deux perspectives différentes, celle de connotation médicale et celle de connotation psychiatrique. Dans le dernier cas (le plus intéressant pour cette partie de la recherche), le trauma assume un significat qui se réfère à une expérience émotionnelle pénible, douloureuse ou un choc capable de produire un effet psychique durable.[78] Selon les mots de Bencharif et Ridouh,

> Le choc émotionnel ou "blessure invisible" est l'effet le moins manifeste et souvent le moins bien compris du psychotrauma. Il peut constituer pour certaines personnes une véritable fracture existentielle, un véritable bouleversement de l'organisation psychique. Le cumul de l'intensité, de la soudaineté, de la violence et de l'absence de secours extérieurs qui le caractérise peut engendrer des sentiments de terreur et d'effroi ainsi qu'un débordement des défenses psychologiques de la personne. La victime peut se sentir tellement menacée dans son intégrité physique et psychique qu'elle se trouve alors dans l'incapacité de faire face à l'afflux de stimuli et à la violence de l'effraction éprouvée. L'impact psychique peut se révéler très rapi-

77. LE ROBERT, 1995, p. 1034.

78. GERRITY, 2001, p. 07.

> dement ou plus tardivement et il représente toujours une spécificité liée au retentissement psychologique de l'événement.[79]

Pour eux, les processus psychologiques sont variables et peuvent engendrer

> (...) de réactions ponctuelles et passagères jusqu'à des formations pathologiques beaucoup plus graves. Dans certains cas, la puissance désorganisatrice du traumatisme psychologique peut conduire à l'apparition d'états durables caractérisés notamment par la permanence de syndromes de répétition, de réactions de sursaut, d'exigences revendicatives et de repli sur soi.[80]

Il y a alors une multitude de circonstances qui varient selon la plus grande ou moindre vulnérabilité de l'individu, "un événement peut avoir un effet traumatisant pour un sujet, à tel moment plutôt qu'à un autre, et vient toujours s'insérer dans un contexte de vie relationnelle et une histoire individuelle ".[81]

Le traumatisme "un état lié à l'idée de transformation "[82] et le diagnostic du PTSD (Posttraumatic Stress Disorder) est alors la conséquence de l'exposition de quelqu'un à un traumatisme stressant extrême.[83] La torture par exemple est une pratique tout à fait capable de provoquer un sérieux dommage psychique ou psychique qui favorise le diagnostic du PTSD. Sur cette question, Basoglu, Livanou et Crnobaric ont développé une étude très intéressante sur la comparaison de la situation d'un groupe de victimes qui ont survécu à la torture et d'un autre groupe d'activistes politiques turques survivants (non torturés). L'étude montre que les effets psychologiques de la torture perdurent pour une longue durée indépendamment des conséquences du statut de réfugié ou de tout autre événement traumatique qui caractérise un environnement politiquement répressif.[84]

---

79. BENCHARIF, M.A. et RIDOUH, Bachir. *Quelle réparation pour le psychotrauma?* VST-Vie Sociale et Traitement, 1/2006, n° 89 –, p. 71.
80. Idem, p. 71-72.
81. Ibidem.
82. SIRONI, 1999, p. 98.
83. *"PTSD canresultfromexposure to an extremetraumaticstressorinvolving direct personalexperience of an eventthatinvolvesactual or threateneddeath or seriousinjury, r otherthreat to one'sphysicalintegrity; or witnessing an eventthatinvolvesdeath, injury, or a threat to the physicalintegrity of anotherperson; or learning about unexpected or violent death, seriousharm, or threat of death, injury, experienced by a familymember or other close associate".* (American Psychiatric Association, 1994, p. 424).
84. BASOGLU, M.; PAKER, M.; PAKER, O. (et al.) *Psychological effects of torture: a comparison of tortured with nontortured political activists in Turkey.*Am J Psychiatry. 151 (1), 1994, p. 76-81.

Plusieurs théories sur le PTSD[85] ont travaillé la question de l'influence du psychotrauma sur les représentations de la mémoire sur l'événement traumatique. Le contexte des mémoires autobiographiques[86] et des représentations sensorielles perceptuelles[87] qui composent les mémoires "chaudes" et "froides" chez les personnes traumatisées peuvent être aperçues de la façon suivante: la mémoire autobiographique passe par une distorsion significative qui sont visibles, en particulier, chez les patients du PTSD dans les tentatives frustrées de raconter leurs expériences traumatiques. Les mémoires sensorielles et émotionnelles sont activées par un environnement où il est possible de trouver des éléments qui se rassemblent à ceux relatés dans leurs dépositions (des dates et endroits qui se rassemblent à leurs expériences personnelles). Cette autonomie des mémoires chaudes peut provoquer un réseau de peur (fear network) chez les victimes par la voie de l'expérimentation de flashbacks des circonstances ou situations vécues dans les moments où elles souffraient directement l'action violente.[88]

Catani, Neuner, Wienbrruch et Elbert ont schematizé un exemple de la représentation de la mémoire d'un événement traumatique. Le réseau de peur est caractérisé par un grand nombre d'interconnections entre les mémoires des circonstances isolées. L'activation d'une seule circonstance isolée peut engendre l'activation de tout le réseau de peur:

Ces auteurs ont conclut que le stockage des mémoires autobiographiques et des autres connaissances déclaratives, dépendra, pendant une longue pé-

85. BREWIN, C.R. *A cognitive neuroscience account of posttraumatic stress disorder an dits treatment.*Behav Res Ther, 39 (4), 2001, p. 373-393; DALGLEISH, T. *Cognitive approaches to posttraumatic stress disorder: the evolution of multirepresentational theorizing.*Psychol Bull., 130(2), 2004, p. 228-260 et EHLERS, A.; CLARK, D.M. *A - cognitive model of posttraumatic stress disorder.* Behavior Res. Ther, 38(4), 2000, p. 319-345.

86. La mémoireautobiographiqueestcomposée des "mémoiresfroides "et les représentationssensoriellesperceptuelles par les "mémoireschaudes": "*the autobiographical context memories, or 'cold memories', contain knowledge about periods of one's life and specific events in the context of time and space*". (CATANI, C.; NEUNER, F; WIENBRUCH, C. and ELBERT, T.*The Tortured Brain.In*: OJEDA, 2008, p. 176).

87. *The sensory-perceptual representations, or 'hot memories', comprise emotional and sensory memories of all modalities. Cold memories (e.g., 'on March 24 at 4:30 PM, I was attending the University ok Diyarbakir') are usually connected with hot, sensory memories (e.g., 'I can't do anything'), emotional (e.g., fear, horror), ad psychological elements (e.g., racing heart, fast breathing, shivering). In individual who are not affected by trauma or fear, hot memories are linked with autobiographic, declarative memories". (Ibid.)*

88. Idem (Traduction Libre).

riode d'une activité neurologique très répandue. L'hippocampe est une structure cérébrale qui joue le rôle principal dans la construction des mémoires composées par les informations autobiographiques, comme dans l'exemple de la notion de temps et espace à l'égard d'un événement déterminé. Une étude développée avec des rongeurs a montré que la structure de l'hippocampe est très affectée par les hormones provoqués par le stress, "under very high levels of stress, the functionning of the hippocampus is severely impaired. It is assumed that bery high doses of adrenal steroids can even cause permanent and irreversible atrophy of the hippocampus".[89]

Dans le cas de la torture (soit telle d'ordre physique ou psychique) par exemple, les traumatismes sont visibles longtemps après chez les victimes. Selon les mots de Sironi, elle "est en quelque sorte un modèle 'purifié' et princeps de la notion d'effraction. Le sujet reste 'ouvert', des années après la torture".[90] Même longtemps après, l'individu peut revenir dans le passé et quand il s›y retrouve, il "revit les scènes traumatiques comme s'il y était. Ces reviviscences sont parfois de véritables transes. (...) Un mécanisme continue d'agir au travers d'éléments restés dans l'ombre, mais totalement actifs".[91] Pour l'auteur, la torture est directement liée à la notion de frayeur

> C'est l'effraction d'un autre en soi, autre qui vous influence et vous modifie. Du fait de l'effraction psychique, ce que perçoit un sujet, ce qu'il éprouve et pense est en lien avec un autre, avec la manière dont l'autre l'a pensé. Cette pensée revêt des formes multiples: auto-dépréciation, peur de parler, de demander quelque chose, de blesser, de décevoir. (...) L'effraction psychique, c'est l'extraction du 'principe vital', l'extraction du souffle[92] (...),

facteur qui peut engendrer la transformations/modification de tout être humain.

Sironi conclut aussi que le traumatisme occasionné par la torture et de nature "intellectuelle", une fois qu'il est directement lié à la (in)capacité de penser et les troubles de la concentration des victimes,

> Les maux de tête, les troubles de la concentration et l'incapacité à penser sont tellement fréquents qu'ils sont quasiment pathognomo-

89. Idem, p. 177-178.

90. SIRONI, 1999, p. 83.

91. Ibidem.

92. Idem, p. 83-84 et 95.

> niques de la torture. Lorsqu'on analyse plus finement ces troubles, on constate que c'est le fait de penser qui leur donne mal à la tête.
>
> (...) La pensée de nos patients fonctionne comme si une entité hétérogène était venue se loger en eux momentanément. "Je suis un autre", disent-ils, et ce constat est très largement corroboré par leur proche entourage. Ils n'ont plus de volonté propre, se sentent apathiques, vidés de ce qui faisait leur singularité avant. C'est alors comme si un autre qu'eux les habitait, comme s'ils hébergeaient un intrus dont ils ne viennent pas à bout tout seuls.[93]

Le temps alors est un facteur déterminant pour la constitution et la caractérisation du trauma psychique et la pire des violences est celle qui caractérise la capture totale du temps et de l'espace psychique de la personne. Pour mieux expliquer cela il faut mentionner quelques frases très utilisées par les tortionnaires: "Tu vas pourrir ici"; "J'ai tout le temps du monde"; "tes amis ont déjà parlé"; "dans 30 ans tu seras encore là"; plus personne va se rappeler de toi"[94] Le contrôle absolu du temps et de l'espace par le tortionnaire implique comme résultat chez la victime une douleur/souffrance qui ne passe pas.

> La salle de torture, la chambre où il se repose, où il habite, dorénavant sera l'endroit de la démolition de la stabilité et de la représentation. L'objectif de la torture est détruire la possibilité psychique de reconstruire un monde psychique nouveau chez l'individu, une fois que l'ancien monde s'en va.[95]

Ce nouvel état psychique est marqué alors par l'incapacité de projeter un futur, de construire un projet de vie.

Pour paraphraser l'idée de Vigarello dans son histoire sur le viol, il faut faire référence à la disparité des marques des violences physiques des violences de l'âme.[96] Les marques des corps accompagnées par l'humiliation et la cruauté sont insurmontables et peuvent résister à l'action du temps.[97] Cette domina-

---

93. Idem., p. 88.

94. Citées par ENDO, Paulo César. "*O debate sobre a memória e o corpo torturado como paradigma da impossibilidade de esquecer e do dever de lembrar* ". In: SANTANDER, Carlos Ugo (Org.). *Memória e Direitos Humanos*. Brasília: LGE, 2010, p. 16. (Traduction Libre)

95. *Ibid.*, p. 17.

96. VIGARELLO, Georges. *Historia de Estupro:* Violência Sexual nos séculos XVI-XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

97. ENDO, *in*: SANTANDER, 2010, p. 19. (Traduction Libre)

tion du temps et de l'espace est marquée par l'éternité que le tortionnaire démontre avoir.

> (le tortionnaire) Il a le temps nécessaire pour provoquer la douleur, le temps nécessaire pour subjuguer son âme, une fois que son corps a été déjà ostensiblement subjugué et déchiré. Le temps pour faire que le torturé abdique de son autonomie en échange de l'échec identitaire.[98]

L'individu est toujours lié à son passé, lequel est inscrit comme une "*continuité* psychique"[99] où le passé "devient hyperprésent, le présent n'agit plus comme fonction de délimitation par rapport au passé",[100] d'où l'apparition par exemple d'un symptôme appelé d'inversion paradoxale:

> Les mécanisme de l'oubli, qui font partie du processus mnésique, ne sont plus sous contrôle conscient. Les patients oublient ce qu'ils voudraient garder en mémoire, (les événements non traumatiques) et retiennent ce qu'ils voudraient oublier (les événements traumatiques).[101]

Pour essayer de donner une explication plus claire du rapport du temps et de la mémoire du passé et la capacité de vivre dans le présent et de projeter le futur, il faut faire appel à Hannah Arendt qui dans son ouvrage "La vie de l'esprit" a très bien expliqué. Pour elle, la mémoire, en tant que pouvoir de l'esprit, a la capacité d'avoir dans le présent tout ce qui est déjà passé et qui se trouve alors en absence. Elle a ce pouvoir car elle paraît être encore plus forte que la réalité parce qu'elle récupère et revit tout ce qui serait condamné à l'oubli. La région temporelle dont elle se développe est le présent qui appartient à l'ego penseur, une espèce d'aujourd'hui de longue durée, c'est l'aujourd'hui permanent ou un présent qui dure.

Pour Arendt, "la constitution du présent qui dure est un acte habituel, normal, banal de notre intellect réalisé dans toutes les réflexions. (...) L'activité de l'esprit constitue toujours pour soi un présent qui dure, une lacune entre le passé et le futur".[102] L'auteur affirme encore que pour réfléchir à la notion de temps, il faut faire appel à la notion d'espace en tant qu'extension, car "le passé

98. Idem, 20.
99. SIRONI, 1999, p. 104.
100. Ibidem.
101. Idem, p. 107.
102. ARENDT, 2010, p. 272 (Traduction Libre).

est entendu comme quelque chose qui se trouve derrière nous, et le futur en tant qu'endroit qui se trouve devant nous".[103]

Ces conditions préliminaires sur la notion de temps sont déterminantes pour la compréhension de la notion de "Volonté" (ego volitif). Dans son analyse, la volonté est un organe spirituel lié au futur pendant que la mémoire est un organe spirituel lié au passé. Le problème de la Volonté se trouve dans le fait qu'elle ne se détermine pas seulement par rapport aux choses absentes, mais aussi à l'égard des choses visibles et invisibles qui n'ont jamais existées. Cela a une liaison directe avec la capacité de l'homme de projeter le futur. En d'autres termes, dans le moment où l'esprit se lie au futur, il ne faut plus s'inquiéter avec les "objets" ou les choses absentes. Il faut plutôt s'inquiéter des projets et la capacité de projection de l'individu dans le futur.[104]

3.2.1.3. L'influence du temps dans la garantie du droit au projet de vie:

Lors de l'analyse du texte de Hannah Arendt, il a été soulevé le fait que la mémoire est un organe spirituel lié au passé, tandis que la Volonté est un organe spirituel lié au futur et le présent est déterminé par les activités de la pensée. De ces affirmations, il faut conclure que, lorsque le présent est le résultat de la pensée, les personnes qui ont vécu un trauma psychique, n'arrivent plus à vivre dans le présent car elles ont été victimes d'une violence de nature intellectuelle. Pourquoi caractériser cette violence comme intellectuelle ? Parce qu'il a été constaté par différentes études que l'homme torturé ou brisé psychologiquement essaie de ne plus penser. L'empêchement des activités de la pensée assure une position plus confortable à l'individu traumatisé, car s'il pense, il risque de revivre les situations traumatiques (la pensée le lie constamment au passé, comme un présent continu très actif).

Comment situer cette problématique à l'égard des conditions matérielles de détention? Il a été mentionné auparavant que ces conditions peuvent occasionner la déshumanisation de l'individu une fois qu'elles constituent des traitements d'ordre continu et permanent (pendant toute la durée de la détention). Comme il a été démontré, l'exposition d'une personne à des situations de grand stress pendant un certain temps peuvent occasionner des dommages dans l›hippocampe[105] ce qui peut occasionner des préjudices con-

103. Idem, 273. (Traduction Libre).

104. Idem, 274. (Traduction Libre).

105. Structure cérebral la plus importante pour établir les connexions de la mémoire.

sidérables à l'égard de la mémoire. Mais s'il faut admettre que la mémoire est l'organe lié au passé et que le présent dépend des activités de la pensée, il faut se rendre à l›évidence qu'une personne exposée à des facteurs permanents et continus de stress élevé s'enfuit du présent car il le lie à son passé traumatique.

L'inaptitude de vivre dans le présent peut alors poser un sérieux problème à l'égard de la capacité humaine de projeter le futur:

> Le traumatisme contraint et transforme le temps, en tant que notion linéaire. Il imprime une distorsion à l'axe temporel de sorte que le passé est hyperprésent, et ce de façon intrusive, sous forme de réminiscences qui empêchent le véritable travail de la mémoire. Le futur n'existe pas (il y a toujours chez les patients la notion d'avenir bouché, barré) et le présent est soit figé, soit toujours à venir (apathie, retards, ralentissement général).[106]

Par cette logique, il faut comprendre que l'homme traumatisé (par l'exposition continue et permanente aux facteurs de stress importants) aura une plus grande difficulté de développer son ego volitif, appelé 'Volonté'. La Volonté en tant qu'organe lié à la projection de futur et aux projets de vie peut alors être endommagée.

A partir de toutes ces affirmations, il est possible d'établir une analyse complémentaire à l'égard de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine sur la détermination et l'extension du droit au projet de vie des personnes victimes directes et indirectes de la violence.

Le projet de vie s'associe au concept de réalisation personnelle qui, à sa place, se constitue par les options qu'une personne peut avoir dans sa vie pour arriver au destin qu'elle s'est proposé. D'une façon générale, ces options sont l'expression et la garantie de la liberté. Difficilement il serait possible de dire que quelqu'un est véritablement libre s'il n'a pas d'option pour guider son existence. Ces options ont une grande valeur existentielle et pourtant, sa négation ou annulation implique une réduction objective de la liberté. Il est raisonnable d'affirmer alors que les violations des droits empêchent ou sont un obstacle sérieux à l'obtention du résultat prévu et espéré par toute personne à l'égard de sa vie, qui modifient de forme substantielle le développement de l'individu.

En d'autres termes, le dommage au projet de vie entendu comme une expectative raisonnable et accessible dans un cas concret implique la perte ou l'empêchement grave des opportunités de développement personnel de façon

106. SIRONI, 1999, p. 109.

irréparable ou très difficilement réparable.[107] Selon le vote raisonné des juges Cançado Trindade et Abreu Burelli dans l'affaire *Loayza Tamayo Vs. Péru*,

> (...) le dommage au projet de vie menace le sens que chaque personne a à l'égard de sa propre existence. Quand cela arrive, il y a l'occurrence d'un préjudice dans l'intimité la plus profonde de l'être humain: c'est un dommage d'autonomie propre qui affecte le sens spirituel de la vie.[108]

Plus extensif que le concept d'opportunité et de chance, le projet de vie est lié aux buts raisonnables, aux espoirs fondées et aux projets accessibles qui ensemble forment les bases du développement personnel de tout individu.[109]

Le juge Cançado Trindade a développé encore plus la notion de projet de vie dans d'autres affaires de la Cour Interaméricaine comme dans l'exemple de son vote raisonné dans l'affaire *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*,

> Nous tous, nous vivons dans le temps qui finiy par nous consumer. Plus précisément, par le fait que nous vivons dans le temps, chacun d'entre nous cherche à diviser son projet de vie. Le terme 'projet' englobe en soi une dimension temporelle. Le concept de projet de vie a ainsi, une valeur essentiellement existentielle liée à l'idée de réalisation personnelle intégrale. Dans la perspective transitoire de la vie, chacun doit choisir les options qui lui paraît plus correctes dans l'exercice plein de sa liberté personnelle, pour arriver à la réalisation de ses idéaux. La recherche de la réalisation du projet de vie implique alors une grande valeur existentielle capable de donner un sens à la vie de toute personne. La brusque rupture de cette recherche par des facteurs extérieurs causés par l'homme (comme la violence, l'injustice et la discrimination) capables de modifier et détruire de forme injustifiée et arbitraire le projet de vie d'une personne peut se revêtir d'une gravité particulière et le Droit ne peut pas rester indifférent à cela. (...) Différemment du dommage moral, à mon avis, les dommages au projet de vie et de post-vie ne sont pas quantifiables, car ils

107. Paragraphes 148 et 150 de l'affaire Loayza Tamayo Vs. Péru, sentence du 27 novembre 1998. (Traduction Libre).

108. Vote raisonné des Juges Cançado Trindade et Abreu Burelli dans l'affaire Loayza Tamayo Vs. Péru, sentence du 27 novembre 1998. (Traduction Libre).

109. Vote concurrent du Juge Sergio Garcia Ramirez dans la sentence du 07 septembre 2004 de l'affaire *Tibi Vs. Equateur*. (Traduction Libre).

doivent chercher la réparation par la voie des obligations de faire qui engendrent des mesures de satisfaction.[110]

Pour analyser l'intensité et l'extension des dommages causés à l'encontre des projets de vie des victimes, la Cour Interaméricaine a souvent entendu les rapports d'expertises des psychologues, psychiatres, médecins, etc. L'analyse de ces rapports peut corroborer aux affirmations faites auparavant sur l'influence de l'exposition d'une personne à des conditions stressantes pendant une longue période et sur les effets (psychiques et physiques) résultant d'une telle exposition.

Dans l'affaire *CaracazoVs. Venezuela*, la psychologue Alicia Neuburger a affirmé qu'aucun psychisme ne peut résister à la violence extrême sans avoir des préjudices sévères dans sa subjectivité, ce qui est capable de provoquer la diminution ou la perte totale de la pensée, la démotivation, des crises d'angoisse et d'anxiété, des sévères dépressions qui peuvent, à leur tour, amener la personne au suicide, aux dissociations psychotiques par la voie des délires et des hallucinations. Ces symptômes sont propices à l'apparition d'incapacités permanentes (qui génèrent la dépendance, les difficultés relationnelles, la perte de la capacité de jouissance et une tendance à l'isolement du monde extérieur). Selon cette psychologue, les actes de grave violence peuvent occasionner la mélancolie et certains états psychopathologiques comme la difficulté de vivre dans le présent (la personne reste attachée au passé).[111]

Dans l'expertise réalisée par Carlos Martin Beristain,[112] il a été affirmé que certains types de faits produisent un impact plus grand que d'autres chez les victimes (directes et indirectes), mais même si cela est une vérité, il n'est pas possible de mesurer la douleur des personnes. Le cas d'espèce faisait référence au crime de disparition forcée lequel provoque une déstructuration de la dynamique familiale lorsque la plupart des membres des familles des victimes ont souffert pendant une longue période des conséquences des faits, comme

110. Vote raisonné du Juge Cançado Trindade dans l'affaire *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*, sentence du 12 septembre 2005, §§ 3, 4 et 10. (Traduction Libre).

111. Données du rapport établi par Alicia Neuburger, psychologue argentine, spécialisé en Psychologie Clinique, dans l'affaire *Caracazo Vs. Venezuela*, sentence du 29 d'août 2002. (Traduction Libre).

112. Expertise de Carlos Martín Beristain, licencié en médicine et chirurgie, expert dans l'attention aux victimes de tortura, de violations des droits de l'hommes et d'autres formes de violence, dans l'affaire des *19 Commerçants Vs Colombie*, sentence du 05 jullet 2005. (Traduction Libre).

par exemple, la réminiscence et les souvenirs du passé traumatique liés aux malaises émotionnels profonds.

> Le projet de vie des familles des supposées victimes a été affecté par les faits de l'affaire. L'expert entend par "projet de vie" les aspirations d'une personne ou d'une famille à l'égard de ses rapports humains, son développement familial, personnel, économique et professionnel, tout comme sa capacité d'être heureux dans le monde.[113]

Le rapport présenté dans l'affaire du *Massacre Plan Sanchez Vs. Guatemala*, par Niéves Gomez Dupuis, a démontré que les victimes qui ont survécu aux violences ont développé des symptômes typiques du stress post traumatique grave et chronique comme par exemple: la ré-expérimentation de la vision des faits et de l'odeur des cadavres morts, des modifications des cycles du sommeil, de la colère envers leurs familles et de la peur envers l'armée, le recours à l'alcool, la perte d'intérêts pour les activités pratiquées avant et la tendance au suicide. Beaucoup d'entre elles développent des maladies psychosomatiques et physiques, ce qui constitue un obstacle au développement personnel et une détérioration de la qualité de vie des survivants dans leurs relations individuelles, familiales, sociales et professionnelles. Les rapports de confiance qui existaient entre les habitants de la communauté ont été également affectés.[114]

Par l'analyse de ces faits, il est possible de conclure que l'exposition à un grave niveau de violence physique ou psychique, peut résulter à des conséquences permanentes chez l'individu. Ces résultats sont, entre autres, l'impossibilité de vivre dans le présent, une fois que les victimes des traumatismes restent attachées au passé (troubles de mémoire) et par conséquence, l'incapacité de projeter le futur. La Volonté de la personne victime de violence est endommagée et difficilement cela pourrait être mesuré car la souffrance et la douleur (leur intensité et leur extension) sont variables et relatives. Néanmoins, le droit jurisprudentiel (l'amplitude des réparations des sentences de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, plus spécifiquement), s'est inquiété de combler les grandes espaces interprétatifs laissés par la norme internationale à l'égard du concept de violence morale/psychique.

---

113. *Ibidem* (Traduction Libre).

114. Rapport d'expertise de Nieves Gómez Dupuis, dans l'affaire du *Massacre Plan Sanchez Vs. Guatemala*, sentence du 19 novembre 2004. (Traduction Libre). Sur les conséquences du stress traumatiques, il faut voir également l'expertise d'Ana Deutsch dans l'affaire *Gutiérez Soler Vs Colombie*, sentence du 12 septembre 2005 et de Alfredo De Los Rios dans l'affaire *Massacre de Ituango Vs. Colombie*, sentence du 01 juillet 2006.

Il a été possible d'observer que la jurisprudence interaméricaine a donné une extension très élargie à la notion de projet de vie en tant qu'un droit temporellement lié au futur, à une expectative de vie. L'extension des réparations établies par la Cour va au-delà du caractère matériel du dommage et arrive à la considération de l'individu en tant qu'être unique, doté d'une diversité et d'une personnalité que le différentie de toute autre personne. Les considérations faites par ce Tribunal ont ouvert une large main d'ouvre en relation à l'application et l'interprétation du concept de violence morale.

4. CONCLUSION: L'EMPRISE POTENTIELLE DU DROIT SUR LE CONCEPT DE VIOLENCE MORALE

Bien que la quête du droit soit l'objectivité des normes, la subjectivité des acteurs ne peut pas passer inaperçue, surtout s'il faut considérer que le scénario juridique – interne ou international –, passe tout d'abord par la prise de conscience des opérateurs du droit de certains concepts de base, comme celui de la dignité, de la moralité ou de l'éthique qui devraient régler les actions individuelles. Il est clair que certains comportements ou conduites imprégnés de sentiments très personnels, peuvent influencer l'évolution des normes et l'émotion peut servir d'exemple. L'émotion est une "conduite réactive, un réflexe involontaire vécu simultanément au niveau du corps d'une manière plus ou moins violente et agissant affectivement sur le mode du plaisir ou de la douleur"[115] qui intéresse directement le droit,[116] soit par son influence sur les

115. "1. *[La cause de l'émotion est extérieure au sujet] Bouleversement, secousse, saisissement qui rompent la tranquillité, se manifestant par des modifications physiologiques violentes, parfois explosives ou paralysantes. Une émotion forte; crier, trembler d'émotion.Une émotion terrible lui serrait la gorge, la faisait vaciller sur ses pieds.*2. *[La cause de l'émotion n'est pas seulement extérieure]*: a) *[Elle est alimentée par les différents niveaux de la sensibilité, du sentiment et des passions propres à la personnalité du sujet] L'émotion de l'inquiétude, de la joie et* b) *[L'émotion est d'orig. esthétique, spirituelle, mystique] Émotion mystérieuse, rare* ". (Terme consulté auprès de la base de données du Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales – CNRTL, disponible sur le site: http://www.cnrtl.fr/definition/émotion, consulté le 17 juin 2010).

116. Comme l'ont exposé Kahan et Nussbaum lors du passage suivant:"*Emotions are ubiquitous in criminal law, as they are in life. But how do they, and how should they, affect legal assessment? Should the law be more sympathetic to defendants who are taken over by passions such as anger and fear, or should it view such defendants as especially danger-ous? Or should the response of the law depend on an appraisal of the emotion itself-whether it is appropriate or inappropriate, "reasonable" or "unreasonable"? What*

comportements des criminels et des victimes, soit par la force que l'émotion exerce sur le jugement et raisonnement des personnes.

Outre que l'émotion, bien d'autres aspects liés à la sphère intime de l'individu sont aussi importants pour le droit. L'analyse de la violence morale est aussi nécessaire que l'observation de la violence physique. Pour cela, la compréhension de la notion de morale et moralité est impérative. Par morale, il faut comprendre quelque chose,

> *1. a)* Qui a rapport aux mœurs, aux coutumes, traditions et habitudes de vie propres à une société, à une époque; (...) *b)* Qui concerne les règles ou principes de conduite, la recherche d'un bien idéal, individuel ou collectif, dans une société donnée; (...) c)[P. oppos. à amoral] Qui peut être apprécié ou jugé selon les notions de bien et de mal. Qui est conforme aux principes, à l'idéal de la conduite. (...) 2. *a)* Qui concerne l'esprit, le psychisme ou qui est de nature spirituelle. (...) PSYCHIATRIE,vx. Mental, psychique. (...) Les affections morales produisent communément ces effets: elles font battre le coeur, elles font éprouver des sensations dans les viscères, elles dérangent l'acte de la digestion... (...)Qui repose sur la croyance, l'opinion, le sentiment et non sur la matérialité des faits ou sur la rigueur du raisonnement.[117]

De son côté, la notion de moralité fait aussi référence à la sphère intime de l'homme à travers la capacité de différencier le bien et le mal qui traduit "le comportement d'une personne (moralité individuelle) ou d'une société (moralité publique)"[118] et devient synonyme de "bonnes mœurs".[119]

Tant la morale que la moralité font appel à l'ordre subjectif et individuel. Elles représentent les capacités humaines de voir et d'agir selon sa conscience personnelle du bien et du mal. Le problème se pose justement là: comment

---

does it mean for an emotion to be reasonable? Aren't emotions, after all, just disturbances of the personality that can be more or less strong but that are always hostile to reason? Or do they embody judgments, ways of seeing the world? If they do, should we hold people morally accountable for those judgments?" (KAHAN, Dan M. et NUSSBAUM, Martha C. *"Two conceptions of the emotion in criminal law"*. Columbia: *Columbia Law Review*, Columbia Law School, Vol. 96, N°. 2, Mar. 1996, p. 270).

117. Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales – CNRTL, disponible sur le site: [http://www.cnrtl.fr/definition/moral], consulté le 15 mars 2016.

118. CORNU, 2002, p. 572.

119. *Ibid.*

apprécier juridiquement la perception individuelle du bien et du mal s'il faut admettre que cette prise de conscience – considérée comme une qualité de la vie psychique [120] –, est dépendante de l'expérience de vie de chaque personne?[121] Il y a pourtant une relativisation qui s'impose et l'interprétation juridique la mieux utilisée pour combler les lacunes du droit à l'égard de cette subjectivité est la méthode évolutive (appréciation de la norme selon les caractéristiques spécifiques de chaque cas d'espèce, à la lumière des circonstances actuelles de vie).

Une fois les premières pistes de réflexion établies, il est temps de s'interroger sur la complémentarité des concepts de 'violence' et de 'morale': la violence en tant que contrainte arbitraire de l'individu et la morale, liée à la sphère humaine subjective qui détermine les limites entre le bien et le mal.

Freud explique que la perception interne de l'individu

> (...) fournit des sensations en rapport avec des processus se déroulant dans les couches les plus diverses, voire les plus profondes, de l'appareil psychique. Ces sensations sont peu connues, celles du plaisir et du déplaisir pouvant être considérées comme leur meilleur modèle. Elles sont plus primitives, plus élémentaires que celles provenant de l'extérieur et peuvent se produire même dans des états troubles de la conscience. (...).[122]

L'auteur affirme que ses sensations peuvent être agréables ou désagréables et tant que la première impose une diminution de la charge énergétique, la

120. FREUD, Sigmund. *Le moi et le ça*. In: *Essais de la psychanalyse*. Paris: Traduction de l'Allemand par le Dr. S. Jankélévitch en 1920, revue par l'auteur. Réimpression: Éditions Payot, 1968, Collection: Petite bibliothèque Payot, n° 44, p. 08.

121. Dans ce même sens, Kahan et Nussbaum ont considéré que l'émotion elle aussi sera liée aux particularismes et relativismes culturels de chaque société par différents aspects: "*Cultural variation in emotion has a number of different dimensions. First, societies construct norms for the proper expression of emotion in behavior, even when the underlying emotion is basically the same. (...) Second, societies construct norms concerning the appropriateness of whole emotion-types; and these social norms affect, it would seem, not only the expression of emotion, but also the experience of emotion itself. (...) Third, societies may contain specific types of emotion that are not found in other societies-either because they focus on entities not known in those societies (...), or because societies have simply patterned things differently as a result of their specific history (...)*". (KAHAN, Dan M. et NUSSBAUM, Martha C., 1996, p. 297).

122. FREUD, 1968, p. 16.

deuxième implique une augmentation, car l'individu recherche à se dégager à tout prix, de ce qui lui fait mal.

L'approche freudienne sur la perception interne de l'individu et sa capacité de refouler le mauvais, donne une piste sur le rapprochement de la violence et de la morale et peut servir de base pour la justification de la relativité juridique sur l'appréciation de la violence morale. Comme déjà dit, l'interprétation évolutive des droits et garanties fondamentaux par les instances internationales et internes, exigent une analyse circonstancielle de la cause, cela étant, la contrainte morale arbitraire peut justement dégager cette augmentation de la charge énergétique, ce qui va poser un problème concernant la matérialisation de la preuve de la violence subie. En d'autres termes, lorsque l'homme tend à se dégager des sentiments désagréables, l'inconscient va s'imposer sur le conscient[123] et l'augmentation de la charge énergétique se produira, car l'individu dégage ses forces pour s'éloigner du désagréable.

Comme l'ont affirmé Kahan et Nussbaum, "emotions motivate behavior",[124] et cela se passe sur les plans du conscient et de l'inconscient, soit par le rejet du mauvais, soit par la force ou l'énergie qui motive l'homme.

Tandis que la violence physique "touche au réel des corps, impliquant l'agressé et son agresseur, dans le mélange de leur jouissance",[125] la violence morale touche la sphère subjective de l'individu et peut occasionner une altération ou un changement de son regard sur lui-même.Il est certain que la première, sous la forme de punition, a la capacité de détacher "l'individu de

123. "*Notre notion de l'inconscient se trouve ainsi déduite de la théorie du refoulement. Ce qui est refoulé, est pour nous le prototype de l'inconscient. Nous savons cependant qu'il existe deux variétés d'inconscient: les faits psychiques latents, mais susceptibles de devenir conscients, et les faits psychiques refoulés qui, comme tels et livrés à eux-mêmes, sont incapables d'arriver à la conscience. (...) Or, tout notre savoir est toujours lié à la conscience. Nous ne pouvons connaître l'inconscient lui-même qu'en le rendant conscient. Mais, halte-là: comment cela est-il possible? Que signifie: "rendre quelque chose conscient ? " Comment s'y prend-on pour obtenir ce résultat ? (...) Sont conscientes en principe toutes les perceptions qui viennent de l'extérieur (perceptions sensibles); et sont également conscients ce que nous appelons sensations et sentiments qui viennent du dedans.*" (*Ibid.*, p. 10 et 14).

124. KAHAN et NUSSBAUM, 1996, p. 297.

125. RAFFY, Alex. *Violence symbolique et violence physique avec l'enfant à l'épreuve de la psychanalyse*. Texte exposé le 23.01.09 à L'EPSAN (Bas-Rhin), aux réunions de recherche de l'APEPSAN. Le Coq-Héron 199, Psychanalyse et éducation (p. 118-132), p. 123.

sa faute et le déleste de sa culpabilité puisqu'il en a payé le prix",[126] et la deuxième, directement liée à l'émotion, génère des sentiments très forts, si forts qu'ils peuvent laisser des traces permanentes, même lorsqu'ils se développent au niveau de l'inconscient.[127]

L'une des expressions de la violence immatérielle est celle appelée par Jeffrey "d'existentielle" traduite par

> (...) l'intensification d'une émotion, de la force vive d'un sentiment, de la manifestation très brusque d'une pulsion ou d'un désir, de l'expression d'une action ou d'une réaction excessive, démesurée, extrême. Omniprésente, la violence est une expression de vie très puissante, si puissante qu'elle peut provoquer la mort.[128]

Existentielle ou morale, toutes ces différentes expressions de la violence passent par la sphère individuelle de l'homme par la puissance des sentiments qu'elles sont capables de produire, pouvant arriver même à la transformation du regard subjectif de l'homme sur lui-même, tout en passant du niveau du conscient à l'inconscient et vice-versa.

Cela étant, comment est-il possible de déterminer l'emprise du droit sur le concept d'un type de violence qui sort de l'évidence et se développe au niveau de l'expectative et de l'immatériel ? L'analyse de la violence morale par le droit est un véritable défi – la plus grande preuve que le droit ne peut évoluer que par une complémentarité interdisciplinaire scientifique -. Le droit ne peut pas s'éloigner de l'homme et pour comprendre l'homme – ses meilleures et ses pires potentialités –, son comportement doit être mis en lumière tout comme son silence et la signification du "se taire".

126. Ibid.

127. "*Notre notion de l'inconscient se trouve ainsi déduite de la théorie du refoulement. Ce qui est refoulé, est pour nous le prototype de l'inconscient. Nous savons cependant qu'il existe deux variétés d'inconscient: les faits psychiques latents, mais susceptibles de devenir conscients, et les faits psychiques refoulés qui, comme tels et livrés à eux-mêmes, sont incapables d'arriver à la conscience. Notre manière d'envisager le dynamisme psychique ne peut pas rester sans influence sur la terminologie et la description. Aussi disons nous que les faits psychiques latents, c'est-à-dire inconscients au sens descriptif, mais non dynamique, du mot, sont des faits préconscients, et nous réservons le nom d'inconscients aux faits psychiques refoulés, c'est-à-dire dynamiquement inconscients*". (FREUD, 1968, p. 10.)

128. JEFFREY, Denis. *Jouissance du sacré. Religion et postmodernité*.Paris: Armand Colin, 1998, p. 13.

5. RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

American Psychiatric Association. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*. Washington, DC: 4th edition, 1994.

ARENDT, Hannah. *A vida do Espirito*. Trad. Cesar Augusto de Almeida, Antônio Abranches e Helena Martins. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

BASOGLU, M.; PAKER, M.; PAKER, O. (et al.) *Psychological effects of torture: a comparison of tortured with nontortured political activists in Turkey*. Am J Psychiatry. 151 (1), 1994, p. 76-81.

BENCHARIF, M.A. et RIDOUH, Bachir. *Quelle réparation pour le psychotrauma?* VST– VieSocialeetTraitement, n° 89 , 1/2006.

BOLFARINI, Isabella C. M. *A Educação em Direitos Humanos como instrumento hábil de combate à pobreza*. Monografia entregue para a obtenção de certificado de conclusão do XXVIII Curso Interdisciplinar em Direitos Humanos – Educação em Direitos Humanos. Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 2011.

BONI, Tanella. *Regardhumain, regardinhumain, regard de proximité*. Diogène, n. 193, 1/2001.

BRAIBANT, G. et MARCOU, G. (Coord.). *Les Droits de l'Homme: universalité et renouveau, 1789-1989*. Paris: L'Harmattan Edition, Collection Logiques Juridiques et International Association of Democratic Lawyers, 1990.

BREWIN, C.R. *A cognitive neuroscience account of posttraumatic stress disorder an dits treatment*. Behav Res Ther, 39 (4), p. 373-393,2001.

Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales – CNRTL, disponible sur le site: [www.cnrtl.fr/definition/émotion]. Consulté le 17 juin 2010.

EHLERS, A.; CLARK, *D.M.A cognitive model of posttraumatic stress disorder*. Behavior Res. Ther, 38(4), p. 319-345, 2000.

ENDO, P. C.. O debate sobre a memória e o corpo torturado como paradigma da impossibilidade de esquecer e do dever de lembrar. In: SANTANDER, C. U. (Org.). *Memória e Direitos Humanos*. Brasília: LGE, 2010, p. 16.

FREUD, S. Le moi et le ça. In: *Essais de la psychanalyse*. Paris: Traduction de l'Allemand par le Dr. S. Jankélévitch en 1920, revue par l'auteur. Réimpression: Éditions Payot, 1968, Collection: Petite bibliothèque Payot, n° 44.

GERRITY, E.; KEANE, T. M.; TUMA, F. (Edited by.). *The mental Health Consequences of Torture*. New York: Kluwer Academic, Plenum Publishers. Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2001.

GRABARCZYK, K. *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Université Paul Cézanne – Aix Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique, 2008.

GUÉNO, J.-P. *Paroles de détenus*. Paris: Librio, texte intégral. Radio France, 2000.

JEFFREY, Denis. "*Jouissance du sacré. Religion et postmodernité*". Paris: Armand Colin, 1998, p. 13.

LE ROBERT. "*Dictionnaire d'Ajourd'hui*". (Rédaction dirigée par Alain REY. France: France Loisirs. Mai 1995, p. 11).

NEUFELDT, V. (Edited by). "*Webster's new world dictionary of the English language*". New York: Simon & Schuster, 3rd edition, 1988, *Cité in*: GERRITY, Ellen; KEANE, Terence M.; TUMA, Farris, 2001, p. 07.

OJEDA, A. (Edited by.). *The Trauma of Psychological Torture. Disaster and Trauma Psychology Series*. London: Westport, Connecticut. Praeger, Gilbert Reyes Series Editor, 2008.

POUND, R. *The Call for a Realist Jurisprudence*. Harvard Law Review, v. 44, No. 5, p. 697-711, published by: The Harvard Law Review Association, 1931.

RAFFY, Alex. "*Violence symbolique et violence physique avec l'enfant à l'épreuve de la psychanalyse*". Texte exposé le 23.01.09 à L'EPSAN (Bas-Rhin), aux réunions de recherche de l'APEPSAN. Le Coq-Héron 199, Psychanalyse et éducation (p. 118-132), p. 123.

SUDRE, F. L'économie générale de l'article 3 CEDH.In: CHASSIN, C.-A. (Direction de l'ouvrage). *La portée de l'Article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Bruxelles: Bruylant, 2006.

VIGARELLO, Georges. *Historia de Estupro: Violência Sexual nos séculos XVI-XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

LÉGISLATION CONSULTÉE

Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979 (résolution 34/169).

Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949.

Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, du 22 novembre 1969.

Convention contre la Torture et autre Peines ou Traitements Cruels, Inhumains ou

Dégradants, conclue à New York le 10 décembre 1984.

Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (30 novembre 1973).

Convention pour la Prévention et la Répression du crime de Génocide, approuvée par l'Assemblée générale dans sa résolution 260 A (III) du 9 décembre 1948, entrée en vigueur: le 12 janvier 1951.

Déclaration de Kampala sur les conditions de détention dans les prisons en Afrique Résolution 1997/36 du Conseil économique et social.

Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/34 du 29 novembre 1985.

Déclaration des Principes sur la Tolérance, approuvée par la Conférence Générale de l'UNESCO dans sa 28ème réunion fait à Paris, le 16 novembre 1995.

Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1975 [résolution 3452 (XXX)].

Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/133 du 18 décembre 1992.

Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1982 (résolution 37/194);

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) (8 juin 1977).

Règles des Nations Unies pour la Protection des mineurs privés de liberté, adoptées par l'Assemblée Générale dans sa Résolution 45/113 du 14 décembre 1990

Résolution 55/89 de l'Assemblée Générale;

Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda.

Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (25 mai 1993).

JURISPRUDENCE DE COUR INTERAMÉRICAINE DES DROITS DE L'HOMME CONSULTÉ

19 Commerçants Vs Colombie, sentence du 05 jullet 2005.

Anzualdo Castro Vs. Péru de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Sentence du 22 septembre 2009

Caracazo Vs. Venezuela, sentence du 29 d'août 2002.

Goiburu et autres Vs. Paraguay. Sentence relative au fond et aux réparations, du 22 septembre 2006.

Gómez Palomino Vs. Perú. Fonds, Réparations. Sentence du 22 novembre 2005. Série C No. 136. § 97.

Gutiérez Soler Vs Colombie, sentence du 12 septembre 2005.

Loayza Tamayo *Vs.* Péru de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. Sentence du 17 septembre 1997.

Massacre de Ituango Vs. Colombie, sentence du 01 juillet 2006.

Massacre Plan Sanchez Vs. Guatemala, sentence du 19 novembre 2004.

Solorzano v. Venezuela, Communication No. 156/1983, 27eme période des sessions, CCPR/C/27/D/156/1983, 26 Mars 1986, § 5.6.

Ticona Estrada Vs. Bolivia, supra nota 63, § 56.

Vote concurrent du Juge Sergio Garcia Ramirez dans la sentence du 07 septembre 2004 de l'affaire *Tibi Vs. Equateur*.

Vote raisonné des Juges Cançado Trindade et Abreu Burelli dans l'affaire Loayza Tamayo Vs. Péru, sentence du 27 novembre 1998.

Vote raisonné du Juge Cançado Trindade dans l'affaire *Gutiérrez Soler Vs. Colombia*, sentence du 12 septembre 2005, §§ 3, 4 et 10.

Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme consulté

Heliodoro Portugal Vs. Panamá, supra nota 58, §112.

Ivan Somers v. Hungría, Communication No. 566/1993, 57° période de sessions, CCPR/C/57/D/566/1993 (1996), 23 jullet 1996, § 6.3.

E. y A.K. v. Hungría, Communication No. 520/1992, 50° période des sessions, CCPR/C/50/D/520/1992 (1994), 5 mai 1994, § 6.4.

Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January 1978, Séries A no. 25. párr. 167.

Ribitsch v. Austria, Judgment of 4 December 1995, Series A no. 336, párr. 36.

Cyprus v. Turkey, sentence du 10 mai 2001, Application No. 25781/94, §§ 136, 150 and 158.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- "Direito a não ser torturado?" A integridade moral como bem jurídico indisponível no direito penal brasileiro, de Gisele Mendes de Carvalho e Flávio Henrique Franco de Oliveira – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 8/439-472 (DTR\2015\11482);
- Crime de tortura, de Heráclito A. Mossin – *RT* 786/483-499 (DTR\2001\560); e
- Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal, de Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 8/615-630 (DTR\2015\11489).

A (DES)INFORMAÇÃO NA DIANTEIRA DO PROFANO: O CRIME DE ABUSO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA – UMA REFLEXÃO INEVITÁVEL

THE (DIS)INFORMATION IN FRONT OF THE PROFANE: INSIDER TRADING – AN INEVITABLE REFLECTION

RICARDO ALEXANDRE CARDOSO RODRIGUES

Doutorando em Ciências Jurídico-Econômicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito. Investigador na Associação Portuguesa de Direito de Consumo (apDC), no Instituto Jurídico Portucalense (IJP), no Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade do Minho (DH – CII – Edum), no Centro de Investigação, Desenvolvimento e Inovação da Academia Militar (Cinamil) e no Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF). Relator *pro bono* do Observatório dos Direitos Humanos. Jurista *pro bono* da Amnistia Internacional – Portugal.
racrodrigues-33@hotmail.com

JOÃO ANDRÉ DE ALMEIDA DA LUZ SOARES

Mestre em Direito. Pós-graduado em Direito do Trabalho (Instituto do Direito do Trabalho e das Empresas – FDUC) e em Direito da Banca, Bolsa e Seguros (Instituto da Banca, Bolsa e Seguros – FDUC). Pós-graduado em Corporate Governance (Centro de Investigação Privado – FDL). Advogado.
jandre.luzsoares@gmail.com

Recebido em: 24.01.2016.
Aprovado em: 24.04.2016.
Última versão dos autores: 06.06.2016.

ÁREA DO DIREITO: Penal; Comercial/Empresarial; Financeiro e Econômico

RESUMO: O *Insider Trading* é uma figura jurídico-econômica imensamente rica, quer em termos doutrinais, quer, e, sobretudo, em análise de propostas e políticas de efetivação. Situada no âmbito da tutela sancionatória do mercado de valores mobiliários, a verdade é que esta temática estabeleceu pontes de interação lógica com outros profícuos mundos do direito. Pelo que, tão só, nesse universo *pluri referenciado* é que se afigura possível compreender os diferentes

ABSTRACT: The Insider Trading is a full figure of meaning, in doctrinal terms, and, above all, in the analysis of proposals and policies of execution. Located within the sanctionary protection of the securities market, the truth is that this theme has established logical interaction bridges with other worlds of law. Therefore, only, in this multi referenced universe is that it seems possible to understand the different nuances and cognizable plans of insider trading activity. The study

matizes e planos cognoscíveis do crime de abuso de informação privilegiada. O estudo que, ora, apresentamos, refletindo essa especial sensibilidade crítica, parte dos dados da fenomenologia dos nossos tempos, com enfoque sobre as causas e os efeitos da globalização económica, para as balizas conscienciais e dogmáticas enformadoras das realidades postas a discussão. Numa orientação preliminar é abordado o tema da necessidade da tutela jurídico-criminal do bem jurídico supra individual - viabilidade e transparência do próprio mercado - que culmina com a consolidação da criminalização do abuso de informação privilegiada. Logo de seguida, dos fundamentos e exigências constitucionais, passando pelo tipo de ilícito, pelos sujeitos participantes e *modus operandi* das operações fundadas em informações privilegiadas relevantes. Procuramos demonstrar, problematizando, da relevância da criminalização e do trabalho de concetualização jurídico prática na edificação de sistemas e estruturas eficientes de gestão e controlo, garantes de níveis elevados de qualidade da informação relevante na dinâmica duma (sempre) nova ordem económica global. Habilitados a potenciar a fluidez do tráfico nacional, internacional e transnacional e a continuidade das relações e interações entre os diversos operadores económicos, através da institucionalização de níveis sustentáveis de transparência e segurança nos mercados e o, consequente, fortalecimento do valor *fides*.

PALAVRAS-CHAVE: Crime de abuso de informação privilegiada - Mercado - Banca - Bolsa - Seguros - Mundialização - Globalização.

now presented, reflecting this special critical sensitivity, begins from the phenomenology data of time, focusing on the causes and the effects of economic globalization, to the consciential and dogmatic landmarks that shape the realities put for discussion. In a preliminary orientation is treated the theme of the need for legal and criminal protection of the supra-individual legal asset - viability and transparency of the market itself - that culminates with the consolidation of criminalization of insider trading. Immediately afterwards, the fundamentals and constitutional demands, passing by the types of offenses, by the participating subjects and modus operandi of the operations based on relevant inside information. We searched demonstrate, problematizing, the relevance of criminalizing and work of legal practice conceptualization. In building systems and efficient structures of the management and control, able to guarantee high levels of relevant quality information in the dynamics of a (always) new international economic order. Able to foster the fluidity of national, international and transnational trade and the continuity of the relationships and interactions between the various economic operators, through the establishment of sustainable levels of transparency and security in the markets and the consequent strengthening of the value fides.

KEYWORDS: Insider trading - Market - Banking - Stock market - Insurance - "Mondialization" - Globalization.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 1.1 A crise que abalou o mundo - 2. Capítulo I - A informação enquanto problema jurídico-criminal - 2.1. Crime de informação privilegiada - 2.1.1. Natureza supraindividual do bem jurídico tutelado - 2.1.2. Uma realidade complexa, multifacetada, poliédrica e heterógena - 2.2. A tutela sancionatória do mercado de valores mobiliários: uma exigência constitucional - 3. Capítulo II - O crime de abuso de informação - 3.1. O art. 378.º do Código de Valores Mobiliários - 3.2. Estrutura típica das incriminações - 3.3. Conceito de "informação privilegiada" - 3.4. O relevo jurídico criminal das condutas de uso de informação privilegiada própria - 4. Capítulo III - Conclusões - 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

1.1 A crise que abalou o mundo

Vivemos um momento histórico de profunda análise da organização e estruturação de diversas áreas – banca, bolsa e seguros (entre outras (co)relacionadas) – ligadas aos sistemas económico e financeiro, em que um esforço de definição orgânica e de competências se revela imperioso. De facto, a crise financeira de 2007, e a catadupa de efeitos diretos e indiretos, impeliram a reflexão sobre o papel dos sujeitos concretos e instituições no quadro do grande teatro financeiro global.

A aproximação, espacial, temporal e cultural, dos indivíduos, a fluidificação das relações sociais, frutos da mundialização, bem como, a intensificação da especialização e integração económicas, por efeito da globalização (CARDOSO RODRIGUES, 2012, p. 54-56), potenciaram, irresistivelmente, o reflorescimento, expansão e crescimento do sistema económico e financeiro. Hoje, alucinantemente, diferente, na sua essência e *modus operandi*.

O convite à reflexão e à mudança de paradigma advém de uma sólida convicção de que esta é uma crise sem paralelo, uma crise conjuntural, quer pela sua génese, expansão e efeito de contaminação,[1] mas, sublinhe-se, pela forma única como os *standards* de controlo não a conseguiram, antever, conter ou subverter.

Parafraseando George Soros:

> Estamos no meio de uma crise financeira como não se via desde a Grande Depressão da década de 30. Não é, certamente, o prelúdio para outra Grande Depressão; a História não se repete (...) Ao mesmo tempo, a actual crise não se pode comparar às crises periódicas que atingiram segmentos particulares do sistema financeiro desde a década de 80 (...). Esta crise não se limita a uma empresa ou segmento particular do sistema financeiro. Colocou todo o sistema à beira de um colapso e está a ser contida com grande dificuldade. Isto terá consequências extensas (SOROS, 2009, 141).

Nas palavras do autor, a crise de 2007 "[n]ão é uma crise como as outras, mas o fim de uma era" (SOROS, 2009, 141).Esta ideia de fim de ciclo é,

1. Sobre a origem e desenvolvimento, causas e explicações v. MENEZES, 2014, p. 131-152.

a nosso ver, fundamental. Convenhamos que a análise efetuada por Soros,[2] baseada na teoria da reflexividade[3] e reportada ao modelo económico de *expansão-contração*, foi deduzida quando ainda era impossível discernir com precisão a real extensão e disseminação da supracitada crise. Tem, todavia, a grande mais-valia de percecionar que nos encontrávamos num momento fractal de *paradigm shift*.

Assumimos que a referida crise se assemelhou, num determinado aspeto a uma autêntica e verdadeira tempestade perfeita. De facto, fenómenos como o surgimento e implementação desregulada de conglomerados financeiros,[4] o aparecimento e utilização descontrolada dos *hedge funds*,[5] do *fair value*[6] en-

2. Interessante será descobrir que o autor relaciona a ideia de fim de ciclo com as especificidades da crise de 2007. Ao fazê-lo, mobiliza a existência, não de uma, mas de duas bolhas: a bolha imobiliária dos EUA, diversa de todas pela amplitude e importância para a economia global e para o sistema financeiro internacional, e a hipótese da superbolha. Esta expandiu-se de forma mais complexa e sobreposta à bolha imobiliária tradicional. Embora se caracterize pela mesma tendência predominante de criação de métodos cada vez mais sofisticados de criação de crédito, o autor acredita que o erro fundamental é diametralmente diferente. Consiste, portanto, numa "confiança excessiva no mecanismo de mercado. O Presidente Ronald Reagan chamou-lhe a magia do mercado. Eu chamo-lhe fundamentalismo de mercado" (SOROS, G., ob. cit., p. 153). A ideia transversal baseia-se na conceção que os mercados, de facto, e ao contrário do que a teoria da concorrência perfeita estipulava, não tenderiam necessariamente para o equilíbrio. A superbolha combinaria, assim, três tendências fundamentais: uma tendência a longo prazo, para uma expansão de crédito cada vez maior; uma segunda linha que se reflete na globalização dos mercados financeiros; e, por último, uma terceira ideia de remoção progressiva da regulamentação financeira e o movimento acelerado das inovações financeiras. Nesse sentido, e visando um crescente aprofundamento, v. SOROS, G., ob. cit., p. 152 e ss.
3. A realidade económica, financeira, social e cultural é auto e hetero condicionada. Nesse sentido, v. SOROS, G., ob. cit., p. 101 e ss.
4. Os conglomerados financeiros surgem num movimento de evolução e de complexificação das relações entre os diversos sectores da Banca, Bolsa e Seguros. De facto, a superação dos tradicionais *corebusiness* (com a *bancassurance e a assurbanque*), atesta o aparecimento da tão badalada *allfinanz*. No entanto, a implementação desregulamentada destes conglomerados financeiros, plurifuncionais, e plurisectoriais, acarreta riscos de permeabilidade e potencial destabilização do sistema, assim como aumento do risco de contágio e efeito dominó. Além do que, permite a utilização duvidosa do mesmo capital (pluricapital), proporcionando operações fictícias entre empresas do mesmo grupo, consignando autênticas "terras de ninguém".
5. Os *hegde funds* constituem uma combinação diferenciada das diversas regras, técnicas e limites dos Fundos de Investimento Mobiliário. São também designados de "Fundos

quanto critério valorimétrico, e da titularização de créditos enquanto fator multiplicador e disseminador da crise, foram fundamentais para a explicação dos seus contornos. Com os bancos a não disporem de capitais próprios e permanentes suficientes, com os *ratios* de solvabilidade a não ser respeitados, o efeito dominó de contaminação foi assoberbante.

A referência a esta crise não é, a todos os títulos, inocente. É necessário sim ressalvar que os sujeitos, instituições e, no fundo, os atores no grande palco financeiro internacional, passaram por um momento de tomada de consciência,

---

de Cobertura de Risco" ou de "Fundos de Retorno Absoluto". São fundos de grande liberdade de estratégia e instrumentos financeiros complexos, logo, e por isso mesmo, mais especulativos e de álea elevada do investimento. Constituem-se como fundos altamente agressivos e especulativos com muita alavancagem financeira, especialmente dirigidos ou mesmo reservados a grandes e sofisticados investidores. Acabam por ser, assim, autênticos "fundos privados", fundos não registados e *offshores*, com *sponsors* financeiros. A crise de 2007 fez surgir muitos ódios contra esta figura, porque isentos das regras e *disclousures* dos Fundos de Investimento Mobiliário, e geridos por *Oráculos de Delfos*, utilizavam uma grande variedade de estratégias sofisticadas e agressivas, nomeadamente através do *short-selling*, passando também por empréstimos monetários ou por posições sobre derivados, e por estratégias de *equity edge*. Com a crescente desconfiança nos mercados, os *hedge funds* são obrigados a liquidar posições, numa busca incessante pela liquidez, alimentado uma espiral viciosa de venda de valores e baixa de preços, acabando por se tornar uma das principais causas do tsunami financeiro, da volatilidade dos mercados de capitais, elevando, consequentemente, o risco macroprudencial e sistémico, uma vez que, mais do que ninguém, os bancos estavam expostos a estes tipos de fundo (muito por culpa dos empréstimos concedidos). Com esta abrupta liquidação de posições relevantes e alavancadas, os *hedge funds* tiveram um efeito pró-cíclico nos mercados financeiros, pondo em causa a sua liquidez. Fala-se, a este propósito, de um verdadeiro efeito cascata, não havendo possibilidade de cobertura dos fundos de capital de risco, perante a massa de pedidos de reembolso. Esta ambiência, assim como os mediatizados casos de escândalos financeiros, com o caso Madoff à cabeça, sublinharam a necessidade de uma correta regulação e supervisão, suficiente, pelo menos, para garantir a idoneidade e, claro, distinguir os bons dos maus gestores.

6. O *Fair-Value* (ideia de verdadeira transparência de mercado) é um critério valorimétrico de consignação e cotação dos instrumentos e produtos financeiros. Nasce de uma necessidade de harmonização mínima entre as diferentes legislações nacionais e as legislações internacionais. Esta ideia contabilística do *market-to-market*, com a crise de 2007, passou a constituir um grave problema: porque contabilizou ativos ao justo valor de mercado, não existindo correlativo preço nacional para muitos desses produtos, implicando, com a sua aplicação, sucessivos *write-downs*. Obviamente que este processo levou ao aumento da desconfiança do mercado, acentuando a natureza pró-cíclica do *fair value*, evidenciando que o mesmo foi pensado para um mercado sacrossanto que tendesse sempre para o equilíbrio.

em que o tão badalado equilíbrio de mercados, propugnado pelas teorias da concorrência perfeita, é posto em causa. De facto, esta confiança excessiva no mecanismo de mercado, à qual Ronald Reagan chamou "a magia do mercado", e que George Soros apelidou de "fundamentalismo de mercado", serviu, até certo ponto, como pano de fundo e combustível para o aparecimento da crise. Como tal urge agilizar, numa ótica de eficácia procedimental, os processos de governo e supervisão nos setores da Banca, Bolsa e Seguros. [7]

De salientar, entre nós, nesta conjuntura, o elevado grau de afetação de um dos mais importantes bens jurídico do sistema económico e financeiro, a *fides* (nas suas particularidades genéticas), a base e capital de confiança (conceito inter-relacional) indispensáveis para uma saudável relação entre as instituições financeiras e a sua clientela. Por outro lado, os efeitos diretos e indiretos na economia dos Estados e no *bolso* dos Representados.

Os inúmeros escândalos, mais ou menos mediatizados, assim como os inúmeros processos de contornos duvidosos que assolaram a nossa *aldeia global*, transformaram a forma como as pessoas encararam as instituições financeiras e os seus produtos.[8] Paralelamente, a forma quase despudorada como alguns agentes financeiros multiplicavam exponencialmente os seus lucros,[9] por caminhos sinuosos,[10] fez com que a idade da inocência fosse superada, exigindo-se um esforço proativo na reparação da confiança dos investidores.

---

7. Nesse sentido, deixamos aqui as certeiras palavras de António Pedro Ferreira: "[a]s pessoas deram-se conta, de repente, que certos processos utilizados por algumas instituições financeiras, no exercício da sua atividade, não se pautavam pelos critérios exigíveis de legitimidade, profissionalismo, isenção, rigor técnico e respeito escrupuloso pelos direitos dos clientes. Como se tal não bastasse, foi ainda sentida, em pleno culminar da crise, a impossibilidade – se não mesmo a incapacidade – das autoridades de regulação e supervisão tomarem plena consciência dos problemas e encontrar-lhes as soluções necessárias com a celeridade que a sua gravidade demandava" (FERREIRA, 2009, p. 5).
8. Entre nós o caso BPN e os seus contornos (FERNANDES, 2011).
9. "Os executivos e os directores de uma empresa conhecem o seu negócio melhor do que qualquer analista em Wall Street. Sabem quando é que um produto está a vender bem, quando é que os inventários estão a acumular, sabem se as margens de lucros estão a expandir-se ou se os custos de produção estão a subir... Sempre ouvimos falar em dinheiro fácil. Geralmente, isto é dinheiro fácil." (Cf. Individual Investor (Fev. 1998, p. 54) *apud* (Carvalho; Duque, 2007, p. 1).
10. "Some of America's best and brightest were devoting their talents to getting around standards and regulations designed to ensure the efficiency of the economy and the safety of the banking system. Unfortunately, they were far too successful, and we are all – homeowners, workers, investors, taxpayers – paying the price." (Stiglitz, 2008)

A densificação da figura do crime de abuso de informação privilegiada, enquanto propugnador do princípio transversal de transparência e segurança do mercado, parece-nos verdadeiramente proveitosa. Até, mesmo, numa ótica de estruturação e restabelecimento das relações financeiras.

De facto, e não obstante ter sido "muito desafiada por algumas correntes ligadas à análise económica do direito, a interdição da utilização e comunicação de informação assimétrica concita hoje largo consenso", considerando-se, desse modo, superadas as construções doutrinárias opositoras (CÂMARA, 2011, p. 814). Expomos, de seguida, e resumidamente, duas perspectivas ou vertentes principais que podem servir de base ou fundamento à proibição (CÂMARA, 2011, p. 814):

Seguindo uma visão microjurídica, podemos firmar que a ilicitude destes comportamentos servirá como mecanismo de tutela da confiança dos acionistas, relativamente aos dirigentes societários, representando, com relação a estes, uma verdadeira extensão do dever "fiduciário" de lealdade (cf. art. 64.º, n. 1, *b*)). Ademais, "protege os acionistas de celebrarem inadvertidamente negócios sobre valores mobiliários a preços desajustados".

Já segundo uma perspectiva macro jurídica, "a proscrição do *insider trading* evita custos de transacção advenientes dos mercados mais opacos, em que os instrumentos financeiros são tendencialmente negociados a desconto". Por efeito potencia a eficiência dos mercados, através da redução dos custos de capital. Finalmente, e acolhendo o entendimento de que a informação constitui, de facto, um bem público[11] ou pelo menos coletivo (societário),[12] a intervenção no sentido de prevenir o seu aproveitamento obstaculiza a sua apropriação para finalidades privadas, favorecendo, o respetivo acesso "em condições de paridade por parte dos accionistas".

2. CAPÍTULO I – A *INFORMAÇÃO* ENQUANTO PROBLEMA JURÍDICO-CRIMINAL

A *informação* enquanto instrumento catalisador de vantagem ou prejuízo desde sempre foi observada, mas, nem sempre, com os mesmos olhos. Dum pa-

11. Sobre os Bens Públicos (Azevedo; Lopes; Lopes; Catarino, 2009, p. 12-13).

12. Da importância lapidar da informação no âmbito do mercado de valores mobiliários. (BORBA, 2010, 88; PINTO, 1998, p. 98; BRAZIER, 1996, p. 80). A propósito da eficiência institucional dos mercados, a importância duma informação adequada como garantia dos interesses dos investidores. (OSÓRIO DE CASTRO, 1997, p. 336). Finalmente, no concernente aos deveres gerais e específicos de informação, bem como, ao *modus* conformador de preços no mercado (CÂMARA, 1998).

tamar de completa desconsideração do comportamento a sancionar, passamos por diferenciados caminhos, que hoje são característicos e específicos de cada ordem jurídica, mas que tendem, sublinhemos, a convergir na "valoração de que o abuso de informação privilegiada é ilícito e merecedor de reacções ou sanções" (FARIA COSTA, 2006, p. 25). Mas com esta panóplia de diferentes soluções para o problema do abuso da informação[13] surge também um intricado problema.

Por efeito da mundialização e globalização, a figura do *Insider Trading* assume, também, dimensões internacionais.[14] Revelando-se imperiosa uma análise ao esforço de harmonização e até de uniformização das legislações.

---

13. De entre as diversas soluções, próprias de ordenamentos jurídicos diferenciados (Ibidem), destacamos, dada a sua riqueza, a experiência e os fundamentos da proibição do *Insider Trading* no Direito Norte-Americano. Historicamente a prática do *Insider Trading* começou por ser proibida por violar as regras de composição e de formação do negócio. A parte detentora da vantagem informativa deveria informar a outra, respeitando, assim, a doutrina dos *special facts*. Entre nós, tal doutrina "pode fornecer um enquadramento para o problema da análise jurídica do negócio e do seu processo de formação, mas não um bom fundamento para legitimar a incriminação dessas práticas" (PINTO, 2000, p. 48). Tal entendimento foi superado pela doutrina da *abstain or disclose theory,* iniciada com a perspetiva contratualista do abuso de informação e acolhida expressamente pela intervenção regulamentar da SEC, em 1942. Estipulava que quem detivesse essa informação privilegiada a divulgasse ao mercado ou, em caso contrário, se abstivesse de a utilizar. No entanto, depressa se reconheceu que esta teoria apresentava algumas lacunas. "A regra *disclose or abstain* continha na verdade uma falsa alternativa, pois na generalidade dos casos a informação relevante dizia respeito a entidades emitentes e, por isso, o possuidor dessa informação não a podia legitimamente divulgar (...). Por outro lado a ideia não era facilmente aplicável às operações a prazo (...) Acrescia, ainda, o facto da jurisprudência norte-americana ter sido confrontada com inúmeros casos em que o possuidor da informação não estava ligado à entidade emitente" (Cf. PINTO, 2000, p. 47). Tais reconhecidos limites levaram a que a doutrina norte-americana rumasse em direção a dois caminhos diferentes: um deles consistiu em manter a base da teoria dos deveres, alargando-a sucessivamente a relações de quase-confiança; outro em direção à chamada teoria da apropriação ilegítima, *misappropriation theory,* de acordo com a qual aquele que usa uma informação privilegiada cometeria um ato de ilegítima apropriação. "Esta concepção, que foi acolhida há pouco tempo pelo *Supreme Court,* deslocou a perspectiva sobre o lesado do crime de abuso de informação da contra-parte do negócio para o proprietário da informação relevante" (Cf. PINTO, 2000, p. 47). No entanto, e na doutrina propugnada por Costa Pinto, estas teorias são insuficientes como base de fundamentação material do crime de abuso de informação. Para mais desenvolvimentos, nomeadamente no aprofundamento das críticas às teorias supra referida (PINTO, 2000, p. 48 e ss.).
14. Fatores propulsores de convergência nas soluções jurídicas regimentadoras da figura do *insider trading*. Nesse sentido, LANGEVOORT, 1991, p. 14; p. 1; ss.; (FERRARINI, 2004, p. 36).

Em termos regionais, no espaço comunitário mencionamos a Diretiva 89/592/CE,[15]relativa à coordenação das regulamentações respeitantes às operações de iniciados. A Diretiva assume-se como mecanismo de aproximação entre as díspares legislações comunitárias existentes. São dados, também, os primeiros passos em direção ao reconhecimento alargado da informação enquanto problema jurídico-criminal. A Diretiva parte do pressuposto de que "(...) o mercado secundário de valores mobiliários desempenha um papel fundamental no financiamento dos agentes económicos", e que "para que esse mercado possa desempenhar o seu papel de forma eficaz, devem ser tomadas todas as medidas com vista a assegurar o seu bom funcionamento". Mais interessante é a consideração de que "o bom funcionamento do mercado em questão depende em grande medida da confiança que inspire aos investidores" e que "essa confiança assenta, nomeadamente, na garantia dada aos investidores de que estão colocados num plano de igualdade e que serão protegidos contra a utilização ilícita da informação privilegiada".[16-17] Para esse desiderato considera basilar a adoção duma "regulamentação coordenada a nível comunitário".[18]

Este esforço comunitário encontrou transposição para a ordem jurídica nacional através do Dec.-Lei 142-A/1991, de 10 de abril.

No ordenamento jurídico nacional, até então, vigoravam outros normativos que, por sua vez, visavam a regulamentação da figura do crime de abuso de

15. Segundo esta, a incriminação do crime de abuso de informação visa tutelar aspetos diversos: confiança dos investidores no mercado de valores mobiliários, igualdade dos investidores, o seu património, os pressupostos essenciais de um mercado eficiente ou a função negocial da informação e a justa distribuição do risco dos negócios (PINTO, 2000, p. 64).

16. Preâmbulo.

17. Nas palavras de Faria Costa, a Diretiva "evidencia a ligação intrínseca entre o bom funcionamento dos mercados e a confiança dos investidores – assenta esta última na garantia de que os investidores estão colocados num plano de igualdade e que serão protegidos contra a utilização ilícita da informação privilegiada". (FARIA COSTA, 2006, p. 27).

18. A respeito do grau de convergência legislativo, e não obstante os progressos nos últimos anos, até meados de 2008 a manipulação de mercado não teria quaisquer cominações de natureza criminal, isso em quatro Estados-Membros. Cf. CESR, *Report on administrative measures and sanctions as well as the criminal sanctions available in Member States under the Market Abuse Directive* (2008). O mesmo se passa no tocante às práticas de supervisão do abuso de mercado. European Securities Markets Experts (ESME), *Market Abuse EU legal framework and its implementation by Member States: a first evaluation*, 06 jun. 2007.

informação privilegiada.[19] Assim, o Código das Sociedades Comerciais (CSC) já estipulava, nos seus arts. 449.º e 450.º, a natureza ilícita da informação.[20] Destes artigos resultavam autênticas sanções não penais, que passavam pela obrigação de indemnizar os lesados, pela destituição judicial dos agentes responsáveis e pelo inquérito judicial. [21]

Posteriormente, o Dec.-Lei 184/1987, de 21 de abril, acrescenta ao CSC o seu Título VII, relativo às "disposições penais e de mera ordenação social". Ocorrespetivo art. 524.º do CSC veio tipificar o crime de *abuso de informações*, constituindo uma evolução considerável à luz da tipificação pretendida. De acordo com o mencionado no preâmbulo do referido Dec.-Lei, a novidade desta disposição teve como escopo efetivar "uma ligação global à estrutura das incriminações clássicas, de modo a que o labor da jurisprudência encontre ainda orientação e suporte bastantes no sistema dos conceitos e princípios do direito penal comum". A conduta proibida por este tipo de crime consistia em revelar ilicitamente a outrem, factos relativos à sociedade aos quais não tenha

19. Como alerta Faria Costa: "(...) desde os anos oitenta que a ordem jurídica nacional proibia o abuso de informações privilegiadas" (FARIA COSTA, 2006, p. 27).

20. Para mais desenvolvimentos, BROCHADO, 2010.

21. "As soluções actualmente contidas nos arts 449.º do CSC e 378.º do CVM são separadas por duas décadas quanto à data da sua aprovação, e por plúrimas diferenças, quanto ao seu conteúdo, cujo conhecimento é importante para uma interpretação correcta de ambos os regimes. O âmbito subjetivo do regime penal do *insider trading* é mais amplo do que o regime civil, na medida em que aquele abrange a informação respeitante a qualquer sociedade anónima (ainda que de estrutura acionista fechada) e, além disso, a respeitante a qualquer tipo de emitente de instrumento financeiro. Todos os valores mobiliários, instrumentos de mercado monetário e derivados são por isso tidos em consideração no regime penal, ao passo que o código das sociedades se refere apenas a sociedades anónimas e às acções e obrigações por elas emitidas. Além disso, a lei societária apenas qualifica como *insiders* primários os membros de órgãos de administração e de fiscalização, ao passo que o CVM inclui, além destes, os que detenham informação privilegiada devido à titularidade de uma participação no capital ou os que obtenham por qualquer facto ilícito ou que suponha a prática de factos ilícitos. A acrescentar, o conceito de informação privilegiada apresenta-se mais densificado no Código dos Valores Mobiliários do que o conceito homólogo na lei societária. O regime criminal, por último, é rodeado de mecanismos preventivos mais robustos (cf. 12.º-C/4, 248.º e 309.º D do CVM) do que os encontrados na lei societária (449.º/5). A cláusula de exclusão de ilicitude comunitária. As operações de aquisição de acções próprias e de estabilização estão excluídas da proibição do abuso de informação privilegiada desde que cumpram os requisitos enunciados no Regulamento (CE) 273/2003, de 22 de dezembro."(CORDEIRO, 2014, p. 1162-1163)

sido previamente concedida publicidade, e que fossem suscetíveis de influir no valor dos títulos das sociedades anónimas ou das sociedades participantes da fusão.

O CódMVM[22] também inseria o crime de *abuso de informação* no âmbito dos mercados de valores mobiliários, através do seu art. 666.º, mudança de inserção sistemática que, na opinião de Faria Costa, "não deixa de ser relevante e significativa porquanto, sob o ponto de vista do sistema, expressa a ligação entre o crime de abuso de informação e o mercado dos valores mobiliários" (FARIA COSTA, 2006, p. 28).

Não poderíamos deixar, claro, de referir que o Código de Valores Mobiliários (CVM) consignou o referido crime de *abuso de informação privilegiada* sob o art. 378.º.[23] Deixamos aqui o tipo de ilícito principal:

> Art. 378.º – Abuso de informação
>
> 1 – Quem disponha de informação privilegiada:
>
> a) Devido à sua qualidade de titular de um órgão de administração ou de fiscalização de um emitente ou de titular de uma participação no respetivo capital; ou
>
> b) Em razão do trabalho ou do serviço que preste, com carácter permanente ou ocasional, a um emitente ou a outra entidade; ou
>
> c) Em virtude de profissão ou função pública que exerça; ou
>
> d) Que, por qualquer forma, tenha sido obtida através de um facto ilícito ou que suponha a prática de um facto ilícito;
>
> E a transmita a alguém fora do âmbito normal das suas funções ou, com base nessa informação, negoceie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa.

No entanto, como iremos ver, de seguida, mesmo o art. 378.º foi alvo de consideráveis transformações mercê de alguns movimentos legislativos comunitários. Desde logo a Lei 55/2005, que veio autorizar o Governo a regular sobre os crimes de abuso de informação (e de manipulação de mercado) no âmbito do mercado de valores mobiliários. Nesta Lei "surpreende-se uma linha

22. Dec.-Lei 142-A/91 de 10 de abril.

23. Em articulação com os arts. 174.º e 311.º.

de expansão das margens de punibilidade" (FARIA COSTA, 2006, p. 30). De facto, o conceito de informação privilegiada é alargado de modo a nele incluir informação que diga indiretamente respeito a um emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros. É também introduzido o conceito de informação privilegiada em relação a instrumentos derivados sobre mercadorias.[24] Na esteira de Faria Costa:

> a referida expansão também se manifesta quando se autoriza que no tipo do 378.º, n. 1, do CVM passem a ser previstas situações em que a "informação privilegiada tenha sido obtida, por qualquer forma, através de um fato ilícito ou que suponha prática de um facto ilícito (FARIA COSTA, 2006, p. 30).

De acrescentar que a Lei transformou e reformulou o art. 378.º, n. 3, do CVM, que passa, ora, a estipular, como exigência mínima, "o conhecimento de uma informação privilegiada", com uma efetiva desconsideração do canal informativo. Todas estas transformações estão em sintonia com uma ideia geral de repressão do crime de *abuso de informação*, propugnando, também, por uma ideia ativa de transparência e segurança no mercado. De seguida, já no quadro comunitário, enquanto fonte de primeira ordem ou nível, a Diretiva 2003/6/CE, sobre o abuso de mercado, aprovada no âmbito do sistema Lamfalussy.[25]

Nas palavras de Helena Bolina o escopo assumido pela Diretiva é o de:

> fornecer definições de manipulação de mercado e de abuso de informação privilegiada que sejam suficientemente precisas para orientarem o comportamento dos agentes do mercado mas que contenham um nível de flexibilidade que permita que novas práticas abusivas possam ser abrangidas. Atingir este equilíbrio não deixa de representar uma tarefa difícil, uma vez que estamos perante normas de natureza infraccional, pelo que se revela essencial a existência de certeza

24. Cf. art. 378.º, n. 4 do CVM.

25. O processo Lamfalussy prevê uma distinção, por níveis, dos diplomas normativos. Nos de primeiro nível – Diretiva n. 2003/6/CE – são estabelecidos os princípios gerais de um determinado regime legal. Nos de segundo nível – Directiva n. 2003/124/CE, de 22 de dezembro, Directiva n. 2003/125/CE, de 02 de dezembro, Diretiva n. 2004/72/CE, de 29 de abril e Regulamento CE n. 273/2003, de 22 de dezembro de 2003 – são estabelecidas as regras de concretização desses princípios adotadas de acordo com os procedimentos comitológicos da Comissão Europeia. Finalmente, e de não subvalorizar, com natureza de *softlaw*, as recomendações e outros instrumentos interpretativos e/ou informativos emanados pela Esma, que, por sua vez, ocupam o terceiro nível.

> jurídica, a que acresce o facto de o excesso de flexibilidade poder conduzir a diferenças relevantes na transposição pelos vários estados membros, pondo em risco a harmonização que é o principal objectivo do diploma (BOLINA, 2000, p. 2)

Aliás, em comparação com a Directiva 89/592/CE,[26]

> [a] definição de abuso de informação privilegiada constante da directiva 2003/6/CE vem alargar o âmbito da anterior previsão (...). A proibição abrange mais categorias de pessoas e incide sobre um conjunto mais alargado de instrumentos financeiros. Este alargamento visa propiciar a inclusão de situações que ficavam de fora do âmbito de aplicação das proibições e que se revelava necessário enquadrar, por forma a assegurar a manutenção da confiança dos investidores na integridade do mercado.

A Diretiva foi transposta pelo Dec.-Lei 52/2006,[27] que operou um alargamento notório dos sujeitos típicos, conferindo nova redação ao art. 378.º/1 através da sua al. d). No número 2 do referido artigo, o tipo prescinde da fonte por intermédio da qual o agente tomou conhecimento, estipulando um autêntico conceito de "neutralidade da fonte" (FARIA COSTA, 2006, p. 31), sendo, também, consignados os casos de informação privilegiada relativos a instrumentos derivados sobre mercadorias, no número 4.

A Diretiva 2014/57/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014, relativa a sanções penais aplicáveis, genericamente, ao abuso de mercado, a ser transposta até julho de 2016, e o Regulamento UE 596/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014, relativo ao abuso de mercado, que revoga as anteriores diretivas reguladoras do mesmo conteúdo, cuja eficácia das disposições (na sua generalidade) nas ordens jurídicas dos Estados-Membros coincide com a data-limite de transposição da diretiva.

26. Sobre as diferenças entre a Directiva 2003/6/CE e as anteriores, nas palavras de Helena Bolina: "[a] principal diferença entre esta directiva e a anterior sobre abuso de informação é que, na atual diretiva, o conceito de informação privilegiada é o ponto de partida não apenas das proibições de abuso de informação mas também dos deveres de divulgação de factos relevantes a cargo dos emitentes, anteriormente regulados nos artigos 68.º e 81.º da directiva 2001/34/CE. O facto de a definição de informação privilegiada ser o conceito que está na base de ambos os institutos coloca alguns problemas interpretativos relativamente à questão do que seja informação tornada pública" (BOLINA, 2000, p. 2). V. também (BOLINA, 2004).

27. Com a declaração de retificação n. 21/2006, de 30 de março.

Novos produtos financeiros, múltiplas plataformas de negociação e multifacetadas técnicas de negociação exigem novas regras orientadas para intensificação da prevenção das condutas abusivas, bem como o aumento da proteção dos investidores (garante da confiança).

Em cumprimento desse desiderato relevantes modificações ao regime do abuso do mercado foram introduzidas,[28] entre as quais se destacam, pelas potencialidades de impacto, em abono da transparência e fluidez leal das operações:

Um âmbito de aplicação mais abrangente, passando a aplicar-se (cf. art. 2.º):

> a) a instrumentos financeiros admitidos à negociação, ou para os quais tenha sido efetuado um pedido de admissão, não apenas em mercado regulamentado, mas também nos sistemas multilateral de negociação (MTF)[29] e nos sistemas de negociação organizada (OTF);[30]
>
> b) a outros instrumentos financeiros, como a derivados, cujo preço ou valor dependa ou faça repercutir efeitos em instrumentos negociados na respetiva plataforma de negociação;
>
> c) a condutas ou transações que possam produzir efeitos nesses instrumentos financeiros, *incluindo licitações relativas à venda em leilão* de licenças de emissão.

A respeito das sondagens de mercado, que incluem a comunicação de informação, antes do anúncio de uma dada operação, a potenciais investidores no sentido de avaliar o seu concreto interesse, balizado pelas respetivas condições, como a dimensão e o preço, passam a ser objeto de regulação, exigindo-se, a montante da transmissão da informação, a observância de alguns procedimentos, v.g. a necessidade da elaboração de um registo (em suporte escrito) sobre a natureza privilegiada da informação a transmitir e dos motivos que conduziram a essa qualificação (cf. art. 11.º).

---

28. Não obstante a sua concretização prática encontrar-se, ainda, em modulação. Nomeadamente, a questão da prevenção, deteção e comunicação de ordens, operações ou transações de natureza considerada duvidosa, os pressupostos e requisitos dos programas de recompra de ações e as operações de estabilização, bem como os pressupostos e requisitos das operações de sondagens de mercado, sem descurar, claro está, o tipo de transações que deverão estar abrangidas pelo dever de divulgação de operações por dirigentes, o deferimento da divulgação de informação privilegiada e as listas de iniciados.

29. Cf. n. 7, art. 3.º.

30. Cf. n. 8, art. 3.º.

No concernente à divulgação ao público de informação privilegiada e dos desvios ao respetivo deferimento, o legislador orienta no seguinte sentido: o emitente que decida diferir a sua divulgação deverá informar os Reguladores e apresentar por escrito – sempre, ou, alternativamente, a pedido – uma justificação do diferimento (do cumprimento dos pressupostos e requisitos). Tratando-se de uma instituição financeira (de crédito ou outra), a instabilidade financeira da instituição ou do sistema financeiro, como um todo, constitui motivo adicional (especial) para a protelação da divulgação imediata de informação (cf. art. 17.º).

A propósito das operações levadas a cabo por dirigentes, e tendo em linha de conta o revigorado universo jurídico-fáctico de aplicação do regime do abuso de mercado aos emitentes de instrumentos financeiros negociados, em mercado regulamentado e em sistemas de negociação multilateral e organizada, de salientar o consequente aumento, em qualidade, das comunicações relativas às operações. Ademais, o prazo de comunicação é encurtado para três dias úteis, passando a abarcar diversas outras situações e factos jurídicos v. g. o penhor ou o empréstimo de instrumentos financeiros, as operações realizadas por qualquer pessoa que, a título profissional, prepare ou execute as operações por outrem atuando por conta de um dado dirigente ou pessoa relacionada, inclusive no âmbito da gestão discricionária, bem como as operações efetuadas ao abrigo de uma apólice de seguro de vida (cf. art. 19.º).

Particularizando no domínio da transparência temos a destacar a Diretiva 2013/50/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2013, que vem alterar a Diretiva 2004/109/CE relativa à harmonização dos requisitos de transparência da informação a divulgar pelos emitentes de valores mobiliários negociados em mercado regulamentado, apresentando como data limite para transposição, novembro de 2015.

A nova disciplina envolve múltiplas alterações ao regime jurídico vigente até então, nomeadamente:

> a) A propósito da publicação de informação financeira: aos Estados-Membros é obliterada a possibilidade de exigirem a publicação de informação financeira periódica com maior frequência do que os relatórios financeiros anuais e semestrais, salvo tratando-se de instituições financeiras, visando o alívio sobretudo, das pequenas e médias empresas com encargos financeiros que não constituam elementos essenciais à proteção da posição jurídica dos investidores e para a formação da decisão de investir. (inc. 5).

Para proporcionar maior flexibilidade e reduzir os encargos com burocracia, é prorrogado o prazo de publicação da informação financeira (relatórios) semestral, de 2 meses para até 3 meses após o termo do período abrangido. Antevê-se que, a partir de 01 de janeiro de 2020, os relatórios financeiros anuais sejam elaborados num formato eletrónico harmonizado de comunicação de informações. (incs. 6 e 26)

No concernente à notificação de participações qualificadas:

b) Os Estados-Membros encontram-se impedidos de adotar regras mais rigorosas do que as previstas na Diretiva em matéria de cálculo dos limiares das participações, de agregação da detenção de direitos de voto associados a ações com a detenção de direitos de voto associados a instrumentos financeiros, e de isenção de requisitos de notificação. Todavia, é garantida certa flexibilidade aos Estados-Membros para impor requisitos mais rigorosos, relativamente aos limiares, ao conteúdo (como a divulgação das intenções dos acionistas) e ao processo e prazos das notificações, assim como a possibilidade de exigirem informações adicionais sobre participações qualificadas. (inc. 12). Ademais, atente-se a amplitude nocional de instrumento financeiro para efeitos de comunicação de participação que, ora, abrange todos os instrumentos com efeito económico similar à detenção de ações e a direitos de aquisição de ações. (inc. 9.º)

2.1. Crime de informação privilegiada

2.1.1. Natureza supraindividual do bem jurídico tutelado

Antes de tudo realçamos que "o tipo legal de crime não deve confundir-se com o seu substratum" (FARIA COSTA, 2006, p. 33). Devemos remeter, na consideração do bem jurídico, não a uma determinada situação específica do tipo legal de crime, mas sim à relação da pessoa com o próprio objeto de valoração.

Não devemos olvidar, no entanto, que "a relatividade pressuposta está, não nos valores em si, mas na forma de os descobrir, sentir ou por eles sermos iluminados" (FARIA COSTA, 2006, p. 33). E esta relação não se encontra, naturalmente, isolada do devir histórico, ou, nas palavras de Faria Costa:

> [é] justamente, aqui que podemos detectar o fluir da historicidade com que os bens jurídicos-penais são apreendidos e se reflectem matricialmente nos ordenamentos jurídicos-penais. A vida, a integridade física, a dignidade, a honra ou o património, enquanto bens jurídico-penais, expressam-se na relação do "eu" com o objecto da

> valoração que, como se acaba de demonstrar, não é o próprio valor mas o valor do bem ou da coisa (FARIA COSTA, 2006, p. 33).

Esta nota de mutabilidade é deveras fundamental. De facto, a perceção que os sujeitos têm da realidade envolvente não é amorfa e descontextualizada, antes é influenciada por todo um conjunto diferenciado de fatores que, em último caso, conformam, também, o seu processo de valoração. Daí que "os bens jurídicos historicamente protegidos pelo direito penal são o resultado da decisão e valoração do legislador" (FARIA COSTA, 2006, p. 34).

Partindo dessas considerações de base, entendemos, porque fundamental, descortinar qual o bem jurídico protegido pela incriminação do abuso de informação privilegiada. Impondo-se, preliminarmente, cindira caracterização geral efetuada pelo direito criminal clássico da operada no direito penal económico, direito penal secundário, ou direito penal da globalização. O primeiro desenvolve a sua atividade em estreita relação com o indivíduo, com o seu âmbito de ordenação dominial, e com o gozo resultante dessa relação. O direito penal secundário[31] tem como escopo proteger bens jurídicos com uma dimensão, ou, em um nível supraindividual.[32-33]

31. "(...) No hábito de Direito penal do mercado, seria, pois, uma espécie de "anestesia geral" que procura manter níveis – que pretendem ser – rigorosos, de equilíbrio, os quais são exigíveis à sobrevivência e manutenção da própria economia de mercado capitalista "tardia" que se caracteriza pela convivência natural entre ciclos de (in) eficiência. Problema que poderá estar ligado ao endividamento artificial das pessoas e aos "conselhos financeiros cegos." (BANDEIRA, 2015, p. 140).

32. "(...) ou seja, uma categoria do pensamento jurídico-penal que tem como finalidade proposicional acolher no seu seio de uma rede de valorações complexas cujo suporte não pode ser o imediato e concreto sujeito individual." (Cf. FARIA COSTA, 2006, p. 35).

33. "(...) Tanto o crime de abuso de informação e/ou *insider trading* como o crime de manipulação de mercado contêm descrições de possíveis condutas que podem colocar em perigo ou danificar os alicerces de actividades do MVM e, por conseguinte, afectar o próprio sistema financeiro em si mesmo. Ora, o sistema financeiro é a "energia" do sistema económico capitalista, nomeadamente, aquele que tem um cariz financeiro. Parece existir, aliás, um conflito de interesses, face aos ciclos bolsistas de (in)eficiência, entre sociedades emitentes e/ou cotadas e os investidores em geral. Os efeitos negativos em uma perspetiva social poderiam, porventura e contudo, ser atenuados das seguintes formas, entre outras, a título enunciativo: a) informação completada com avisos específicos sobre a situação cíclica; b) informação integra sem maquilhagens de modo a conter não só as possibilidades de sucesso como as hipóteses de frustração de expectativas; c) utilização de analistas independentes e favorecimento da simetria informativa (...)." (BANDEIRA, 2015, p. 140-141)

Ora, sabemos que o mundo financeiro tem, realmente, um fator de realização íntimo com uma vertente patrimonial. No entanto, será extremamente redutor analisar a riqueza dessas relações apenas por esse prisma.[34] Sabemos que a proteção jurídico criminal não pode ficar apenas reduzida aos clássicos crimes de furto, abuso de confiança, burla etc. A complexidade dos instrumentos de realização económica faz com que surjam diferentes comportamentos que acabam por prejudicar e ofender, de forma indiscriminada, todos os membros da comunidade económica.[35] O grau de afetação dos bens jurídicos implicados transcende, por forma particular, os seus mediadores relacionais, os sujeitos concretos (pessoas físicas ou coletivas) através dos quais se vislumbrou a ação geradora da violação.

Nesse segundo grupo de comportamentos surge o crime de abuso de informação privilegiada, que a par dos outros com natureza idêntica constituem o objeto do direito penal secundário. Não obstante, tal característica não lhe retira uma vertente marcadamente individual, que se revela através do prejuízo da contraparte do *insider* ou da sociedade emitente das ações transacionadas. Os próprios investidores poderão sair prejudicados, uma vez que não tiveram acesso às informações privilegiadas do *insider*, durante o seu processo de tomada de decisão. Por outro lado, a sociedade emitente pode ver o seu prestígio posto em causa, num autêntico *reputational harm*, repercussões essas que se poderão estender, até, ao seu património. No entanto, este patamar de reflexão e conexão individual do crime de abuso de informação não abarca a especificidade da figura. De facto, o palco dos instrumentos económicos e financeiros do *Insider Trading* é o dos mercados em que predominam as transações sem face (*faceless transactions*) e em que, como tal, é muito difícil a identificação tempestiva da contraparte do *insider*. Mesmo a medida e a efetiva caracterização do

34. "(...) para lá da tutela penal patrimonial, a economia, vista como jogo e função de ordenação dominial que visa o aumento dos bens e pressupõe, qualquer que ela seja, uma regra de distribuição daqueles precisos bens, não pode ser olhada exclusivamente a partir do étimo da proteção patrimonial dos bens" (FARIA COSTA, 2006, p. 35).

35. Nas palavras de Costa Pinto: "[a]través do abuso de informação coloca-se em perigo ou lesa-se um pressuposto do funcionamento de um mercado eficiente: *a função pública da informação, enquanto critério de justa distribuição do risco negocial*. (...). Por outro lado, quem manipula o mercado controla ilicitamente o *regular funcionamento do mercado* (assente na *transparência e eficiência*) e o próprio mecanismo de livre formação das cotações, neutralizando desse modo o risco do seu investimento (ou daqueles em benefício de quem actue) e pondo e, risco o investimento dos demais investidores." (PINTO, 2000, p. 97). Em particular sobre o crime de manipulação do mercado v. (VEIGA, 2001).

reputational harm[36] se torna difícil de provar, quantificar e qualificar. É certo que essa natureza individual existe. Constitui um ponto de partida inegável e inalienável. Mas o crime de abuso de informação não visa (ou não visa apenas) proteger essas posições individualizantes. O que acaba por estar aqui em causa é a viabilidade e transparência do próprio mercado. E esse é o fim último da incriminação do *Insider Trading*. No fundo"[o] que está em causa é, justamente, a existência do próprio mercado de valores mobiliários enquanto *connected system* e não o mercado enquanto justaposição de posições individuais" (FARIA COSTA, 2006, p. 37).[37]

2.1.2. Uma realidade complexa, multifacetada, poliédrica e heterógena[38]

Como resulta do já exposto, o tipo incriminador a que fazemos referência existe não para proteger diretamente, ou especificamente, qualquer tipo de direito individual. Tem, antes, como objetivo proteger "todo o universo de investidores, efectivo e potencial, que procura o mercado de valores mobiliários" (FARIA COSTA, 2006, p. 36), pretendendo, como vimos, "proteger o bem jurídico supra-individual expresso no valor que a livre concorrência de mercado representa" (FARIA COSTA, 2006, p. 36). Daqui resulta que ao carácter supraindividual é necessário acrescentar uma nota visível que realce o bem jurídico em questão como uma realidade polifacetada ou poliédrica, que permita "a ductibilidade ou flexibilidade capaz de nos permitir legítimas inflexões compreensivas (...) como também uma límpida adequação à realidade" (FARIA COSTA, 2006, p. 31).

36. Nesse sentido, Faria Costa refere que a falta de confiança dos investidores pode conduzir à depreciação do valor de mercado das sociedades emitentes. Mas se refira que não é de afastar completamente que a entidade emitente possa sofrer prejuízos porque os seus administradores ficam motivados para capturar os ganhos próprios do *Insider Trading*, em vez de se empenharem de forma briosa e diligente na gestão da sociedade. (FARIA COSTA, 2006, p. 36).

37. Como refere Costa Pinto: "Na exacta medida em que os crimes descritos lesam aspectos essenciais do funcionamento dum sector do sistema financeiro, estamos perante agressões a uma vertente da economia nacional e, por essa razão, os crimes de abuso de informação e de manipulação do mercado são crimes económicos e não crimes patrimoniais" (PINTO, F., 2000, p. 97).

38. Nesse sentido, Faria Costa, sob o ponto 2.2 "[o] crime de abuso de informação protege um bem jurídico complexo e poliédrico que não se esgota na igualdade dos investidores" (FARIA COSTA, 2006, p. 36).

A proteção e implementação destas notas passa por um processo de tutela da confiança dos investidores no correto e regulamentado funcionamento do mercado, e numa proteção da decisão económica individual, tomada como igualdade de informação para todos os investidores.[39] Daqui resulta que, além de poliédrico, o bem jurídico se assume como fundamentalmente heterogéneo, no sentido em que engloba uma autêntica diversidade de proteção de realidades diversas: proteção da confiança e da igualdade dos investidores.

Interessante é, neste prisma, considerar a posição de Costa Pinto. O autor elabora uma construção proposta nos conceitos da função da informação e do risco do negócio para definir o bem jurídico. De facto, pugna que "quem usa negocialmente informação privilegiada não agride apenas a igualdade entre os investidores, antes subverte as condições de regular funcionamento do mercado e coloca em perigo os seus níveis de eficiência" (PINTO, 2000, p. 67). Em consonância, portanto, com o exposto anteriormente. O desenho de Costa Pinto detém, ainda, outra originalidade. O autor estende o bem jurídico a proteger, referindo que as normas do crime previsto tendem a punir situações de distorção da livre concorrência. Partindo da paridade informativa básica (*full disclosure*), o autor considera que subvertido o acesso à informação, a intervenção negocial é desequilibrada a favor do *insider*, não correndo este os mesmos riscos inerentes ao funcionamento do mercado que os restantes. Existe assim uma subversão das condições de distribuição do risco negocial, pondo em risco, *máxime*, a eficiência económica dos mercados. E, é claro, que estes movimentos de dispersão e desnorteamento do mercado num sistema liberal só são aceites enquanto expressão de um mérito próprio, "mas são into-

39. Aqui importa realçar que a heterogeneidade do bem jurídico protegido passa pela apreensão que aquele não se esgota na igualdade dos investidores. De facto, o crime de abuso de informação não se cinge, apenas, no *equal footing*. A disparidade de informação entre os diferentes agentes num mercado de valores mobiliários concorrenciais é uma característica definidora, intrínseca e, como tal, ineliminável. Uma posição sancionatória que hiperbolize a igualdade entre os investidores irá, certamente, eliminar a eficácia da adequação da incriminação do abuso de informação, e, por outro lado, vai inibir ou desencorajar processos de procura legítimos da mesma. Como tal, necessita-se de salutar equilíbrio e cuidado premente na abordagem desta questão. A informação será abusiva se existir uma ligação com a entidade emitente. Como defende Faria Costa: "(...) o que é reprovável não é o *plus* de informação detida, mas antes o facto de tal superioridade ser conseguida à custa de uma ligação directa com a entidade emitente (...) Perspectivar o crime de abuso de informação a partir da igualdade de informação entre investidores, em vez de promover um mercado eficiente e atractivo, levaria a que se inibisse indiscriminadamente o uso de qualquer assimetria informativa." (FARIA COSTA, 2006, p. 39)

leráveis quando resultam da conversão abusiva de informação privilegiada que se destina a ser conhecida de todo o mercado e não apenas de alguns agentes próximos da fonte de informação" (PINTO, 2000, p. 68).

No fundo, e em conclusão, o núcleo duro do bem jurídico a tutelar "prende-se, de modo inescapável, com a ideia de que a proibição do *insider Trading* visa garantir que o mercado de valores mobiliários se paute pelas regras de mercado" (FARIA COSTA, 2006, p. 38), funcionando como um instrumento de transparência e segurança no e do mundo financeiro.[40]

2.2. A tutela sancionatória do mercado de valores mobiliários: uma exigência constitucional

O CVM, no seu título VIII, dedicado aos crimes e ilícitos de mera ordenação social, não pode ser analisado de forma isolada e compartimentada. De facto, a compreensão deste regime passa pela apreensão das conexões materiais que estabelece e pela orientação politico-criminal seguida. Antes de mais, o regime remete, quer em termos de descrição dos preceitos penais e contraordenacionais, quer em termos de interpretação de conceitos, para outros sectores do ordenamento jurídico e para outras partes do Código, propugnando uma proveitosa e próxima conexão material. Fá-lo "para garantir, através da ameaça sancionatória e da perseguição das infracções, os valores e bens regulamentados pelo diploma" (PINTO, 2000, p. 17). Esta conexão existe ainda com outros vários ramos do Direito, que acabam por desempenhar um papel importante no processo de orientação, estruturação, apoio e delimitação do regime jurídico acolhido e defendido no CVM. Nas palavras de Costa Pinto, "[a] intervenção de diversas entidades com poderes de Direito Público nesta área e nesta matéria não é, pois, um bem em si, mas antes uma forma de tutelar bens e valores que merecem essa protecção" (PINTO, 2000, p. 17). Falamos, obviamente, dos seguintes, âmbitos regulatórios: direito criminal; direito processual criminal; regime geral do direito de mera ordenação social; e, claro, do direito constitucional.

40. "Em suma, a situação de paridade informativa, o princípio da eficiência dos mercados e a função pública da informação são, enquanto condições da justa distribuição do risco negocial, aspectos essenciais do funcionamento dos mercados de valores mobiliários. A incriminação do abuso de informação visa proteger um bem económico de natureza supra individual que corresponde a essas condições essenciais: a função *pública da informação* enquanto *justo critério de distribuição do risco do negócio* no mercado de valores mobiliários" (PINTO, 2000, p. 68).

De acordo com o preceituado no art. 2.º da nossa Lei Fundamental:

> [a] República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Em articulação com o disposto no art. 3.º n. 2 e n. 3:

> O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.
>
> A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

Parametrizado, nestes termos, pela Constituição da Republica Portuguesa, o Estado encontra-se adstrito a todo um conjunto de imposições legiferantes, por um lado, a concretização de todo um articulado de normas que permitam uma proteção efetiva dos direitos e liberdades dos indivíduos e, por outro lado, a elaboração de uma malha de defesa e de garantia desses mesmos direitos.[41]

Na esteira de Vieira de Andrade:

> [h]á um conjunto de direitos fundamentais, do qual decorrem todos os outros: o conjunto de direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens. E esses direitos (pelo menos esses), devem ser considerados "património espiritual comum da humanidade" e não admitem, hoje, nem mais uma leitura, nem pretextos económicos ou políticos para a violação do seu conteúdo essencial (ANDRADE, 2007, p. 34).[42]

Antes de mais, é necessário ter presente que a nossa Constituição consignou um sistema completo de direitos, liberdade e garantias fundamentais. Este catálogo ocupa um lugar de destaque, a Parte I da CRP. A forma como estes se encontram enunciados não tem paralelo nas constituições dos outros países. A maioria dos autores concorda que, em termos de direito comparado, a nossa Constituição tem alguns vetores de inovação. A forma de organização encon-

41. Nesse sentido, CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 208.

42. A dignidade da pessoa humana enquanto valor-fonte e princípio limite (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 198-200).

trada foi a de elaborar uma lista extensa de Princípios Gerais (arts. 12º ao 23º), de Direitos, Liberdades e Garantias (arts. 24.º ao 57.º), estipulando também, em paralelo, um conjunto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (DESC). A parte II da CRP estipula preceitos em relação à organização económica que nos interessa analisar.

Nestes preceitos constitucionais relativos à organização económica teremos que forçosamente destacar algumas ideias. Assim, desde logo, o art. 101.º da CRP consigna que "[o] sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social". Obviamente que a prossecução e realização deste princípio densificador só será possível através dum mercado de valores mobiliários que, em condições de transparência, consiga assegurar a confiança dos investidores e a própria regularidade do mercado, proporcionando uma plataforma de encontro entre a procura de fontes de financiamento e a poupança dos investidores, permitindo "estratégias de recomposição das estruturas accionistas das sociedades cotadas e funções relevantes na gestão económica do risco de certas actividades" (PINTO, 2000, p. 18). E essa realização passará também por um aparelho de tutela sancionatória que vise, mais uma vez, o bom funcionamento dos mercados, do setor financeiro, como um patamar inalienável de eficiência da economia nacional.

Em articulação, sentimos como obrigatório mobilizar o conteúdo do art. 81.º, al. e) da CRP, que dispõe do seguinte modo "[i]ncumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social (...) assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas o interesse geral". Sublinhamos que este funcionamento sustentável dos mercados é, então, uma incumbência prioritária do Estado. Nasce aqui uma autêntica preocupação constitucional que visa proteger os interesses económicos dos particulares, assim como prosseguir fins específicos afetos à política económica de desenvolvimento Estadual. Mais uma vez, tal meta só será possível através de uma via de legitimação de uma tutela sancionatória que (acolhido o defendido por Costa Pinto) zele pela proteção de bens supraindividuais.

Uma última nota para esclarecer o seguinte,

A enunciação dos arts. 81.º, al. e), e 101.º da CRP, e a assunção dos objetivos aí propostos, através de uma tutela sancionatória, devem ser temperados com duas ideias fundamentais: o conteúdo do título VII do CVM deve cumprir "seriamente o princípio da intervenção mínima" (PINTO, 2000, p. 20) (isto

é, em consonância com outros mecanismos de cariz e espírito preventivo);[43] a intervenção do aparelho de tutela sancionatória deve, obviamente, respeitar o princípio da necessidade, presente no 18.º/2 da CRP, "que se projecta nas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade das medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias" (PINTO, 2000, p. 20).

3. CAPÍTULO II – O CRIME DE ABUSO DE INFORMAÇÃO

3.1. O art. 378.º do Código de Valores Mobiliários

Como vimos o crime de abuso de informação foi introduzido pelo CSC, nos seus arts. 499.º, 450.º e 524.º (este último já revogado), estando também presente no CódMVM, muito por influência da Diretiva 89/592/CEE, no art. 666.º. No CVM de 1999, o legislador inseriu-o no art. 378.º, estipulando uma série de comportamentos padronizados que são, após acertada valoração, proibidos nos mercados de valores mobiliários. Após leitura do preceito, delineamos que o crime em apreço consiste num ato de disposição de uma informação privilegiada por certas pessoas por referência aos comportamentos que figuram no tipo de ilícito criminal: *transmitirn, egociar* a informação; *aconselhar* alguém a negociar; e *ordenar* a subscrição, venda ou troca de ativos com base numa informação privilegiada.[44]

A inserção deste preceito não foi, no entanto, isenta de críticas. De facto, e nas palavras de Costa Pinto, que sublinhamos, a técnica utilizada pelo legislador "não foi particularmente feliz".[45] Realmente o preceito acabou por ser uma simples transposição, limitando-se a transformar as normas jurídicas da Diretiva, criando um conjunto de tipos penais que, tradicionalmente, eram estranhos aos instrumentos e à técnica jurídica nacional.[46] O estipulado acaba

43. Nesse sentido, Costa Pinto refere que: a "[i]ntervenção mínima, mas com uma procura redobrada de eficiência que se manifesta quer na redacção dos tipos de ilícito, quer em algumas soluções processuais, de forma a conseguir respostas adequadas à prática de infracções cometidas (...)" (PINTO, 2000, p. 21).

44. O que implica que *a simples posse* não tem relevância para o preenchimento do tipo deste preceito (pode apenas ter relevância, como refere Costa Pinto, por referência aos crimes previstos nos arts. 194.º ao 197.º do CP). Do mesmo modo, não serão puníveis os casos de *non trading*, isto é, os casos em que alguém recebe uma informação privilegiada e decide não a usar efetivamente.

45. Nesse sentido, PINTO, 2000, p. 42.

46. Idem, Ibidem.

por ser complexo e denso, o que não deixa de causar alguma estranheza, uma vez que, em alguns aspetos, dá azo a algumas lacunas de difícil integração. Existe um outro espeto relevante referido pelo autor que, pela sua importância na perceção da articulação prática de eficiência da inserção, é merecedor de reflexão. De facto, o legislador recorre, "de forma exagerada" (PINTO, 2000, p. 42), a elementos subjetivos especiais no desenho dos tipos incriminadores, utilizando técnicas de transposição de crimes patrimoniais em crimes que são, essencialmente, de demarcada natureza económica.[47]

Tendo em linha de conta o exposto, podemos, ora, partir para o núcleo essencial do tipo de ilícito criminal em estudo. Em termos abstratos, este abarca as "situações em que alguém usa no mercado de valores mobiliários uma informação economicamente relevante a que teve acesso de uma forma especial, antes de a generalidade dos investidores a poder conhecer" (PINTO, 2000, p. 42). Tal prende-se, sem dúvida, com o facto de quem utiliza informação privilegiada se encontrar numa situação de vantagem ilegítima, em relação aos restantes investidores, que, em caso último, lhes permite fazer juízos de prognose mais rigorosos e objetivos ou, nas palavras de Costa Pinto, "podendo com mas segurança evitar prejuízos ou obter lucros. Numa das perspectivas possíveis, o que o detentor de informação privilegiada faz, na realidade, é antecipar-se ilegitimamente à generalidade do mercado que só mais tarde terá acesso à informação que aquele possui e usa" (PINTO, 2000, p. 42-43).

Deixando de lado as críticas à inserção no CVM, existe uma panóplia de características que constituem, também, as suas especificidades:[48] o seu desvalor intrínseco não é imediatamente apreensível, porque pressupõe valorações específicas e regras de funcionamento do mercado que, normalmente, são estranhas às regras comuns da experiência ou senso; a sua danosidade real não é imediatamente visível (ao contrário dos outros crimes económicos); além do que, todo o esquema de *insider trading* tem lugar no mercado de valores

47. De facto, o autor refere que a assimilação supra referida é incorreta: "Esta assimilação é, em minha opinião, incorreta, pois nos crimes de apropriação patrimonial são aceitáveis os elementos subjetivos especiais dirigidos à obtenção de proveitos económicos porque isso está em harmonia com o bem jurídico protegido por esses tipos incriminadores (a propriedade ou o património). Diversamente, nos crimes económicos os bens jurídicos tutelados não possuem esta natureza, surgindo antes como bens supra individuais que só reflexa e indiretamente protegem bens pessoais" (PINTO, 2000, p. 42).

48. Nesse sentido, PINTO, 2000, p. 41.

mobiliários, um teatro lícito (ao contrário, mais uma vez, dos outros crimes económicos que têm lugar num contexto primordialmente ilícito).

3.2. Estrutura típica das incriminações

O crime de abuso de informação tem, no Código de Valores Mobiliários, uma estrutura que, de forma sintética, é *mister* analisar. O art. 378.º combina e enuncia as qualidades típicas dos agentes (art. 378.º, n. 1 e 2), relacionando-as com a prática de um dos factos descritos, consignando um nexo de causalidade entre a posse da informação e a conduta proibida, exigindo como elemento subjetivo geral, o dolo, nos termos dos arts. 13.º e 14º do CP.

Como bem refere Costa Pinto (PINTO, 2000, p. 69), existem algumas visíveis diferenças em relação às legislações anteriores. O requisito de "procurar tirar proveito" que se encontrava no art. 666.º do CódMVM foi retirado. Foi do mesmo modo suprimido o regime de atenuação de pena previsto no art. 666.º, n. 2 do CódMVM.[49]

O crime de abuso de informação estrutura-se tipicamente à volta de certas relações especiais que um grupo de agentes tem com a fonte de informação privilegiada (casos do art. 378.º, n. 1 e 2 do CVM) ou que qualquer pessoa tem com aqueles agentes que possuem essa relação especial (art. 378.º, n. 3). Podemos então antever, nesta descrição, vários tipos de *insiders:* os *corporate insiders,* previstos no art. 378.º, n. 1, que são titulares de órgãos de administração ou fiscalização de uma entidade emitente ou possuidores de participações no respetivo capital; os *insiders* não institucionalizados ou temporários, previstos no art. 378.º, n. 2, constituídos por pessoas que têm um vínculo profissional a um emitente, a título temporário ou permanente; e os *outsiders ou tippies*, que não sendo reconduzidos a nenhum dos grupos, recebem de um agente com essas qualidades definidoras típicas uma qualquer informação privilegiada que depois irão ilicitamente utilizar. Rapidamente é percetível que existe uma opção clara por um regime amplo[50] quanto à delimitação dos possíveis

49. No primeiro caso, a cláusula constituía um elemento denso e complexo, de difícil harmonização prática. No segundo caso a norma constituía-se como autenticamente "assistemática e desnecessária" (PINTO, 2000, p. 70).

50. A verdade é que a amplitude deste regime, quanto ao círculo de agentes idóneos, tem sido sobejamente discutida e controvertida. É, nas palavras de Costa Pinto, uma amplitude "mais aparente do que real". E esta discussão visa saber, sobretudo, se existe aplicabilidade do regime da Diretiva e da legislação portuguesa aos titulares de participações sociais. Este teatro de sombras e fumos e esta aparente amplitude do re-

agentes. O legislador português, ao adotar estas soluções, revela terá colhido "o sistema sugerido pela Directiva Comunitária de 1989, criando um regime aparentemente amplo quanto à delimitação dos agentes possíveis (...)" (PINTO, 2000, p. 71). Da estrutura emanam, assim, diversos níveis ou espécimes de figurinos: os *insiders primários, qualificados ou intranei,* que detêm, como vimos, um conjunto referencial de qualidades ou uma relação especial com a fonte de informação privilegiada, constituídos pelas situações dos n. 1 e 2 do art. 378.º do CVM; *e os insiders secundários ou extranei*, que acabam por receber a informação dos primeiros, constituídos pela situação prevista no n. 3 do art. 378.º do CVM. Existe aqui uma noção de maior gravidade aposta às situações dos *insiders* primários (CÂMARA, 2011, p. 816), completamente compreensível numa questão de análise de política criminal, e claro, "pelo maior perigo de lesão do bem jurídico decorrente de uma relação especial com o mesmo" (PINTO, 2000, p. 71). A diferença entre estes dois patamares remete até a um nexo de causalidade entre a conduta proibida e a informação privilegiada.[51] Os crimes previstos nos n. 1 e 2 são crimes específicos próprios, "delimitados em função de círculos de agentes que têm uma especial relação com as fontes de informação privilegiada" (PINTO, 2000, p. 73), e o crime consignado no n. 3 trata-se dum crime comum. Os n. 1, 2 e 3 do art. 378.º do CVM distinguem-se, ainda, quanto à estrutura dogmática dos tipos incriminadores (PINTO, 2000, p. 81): revelando-se como crimes de perigo abstrato os tipos de ilícito que preveem a transmissão ilegítima da informação privilegiada como uma verdadeira conduta típica; constituem crimes de perigo abstrato-concreto os atos que configurem formas de aconselhamento, bem como a emissão de ordens de compra, venda ou troca: trata-se dum crime material o tipo de crime quando tenha ocorrido um dado ato de negociação que dê origem a uma compra efetiva, venda ou troca (a formação do negócio constitui, assim, o re-

gime tem vindo a ser limitada por problemas de produção de prova. Reportamo-nos, obviamente, a uma necessidade de exigência de conexão entre a qualidade do agente e o fluxo de informação. Para mais desenvolvimentos, PINTO, 2000, p. 72.

51. "Da atual redação do preceito resulta de modo especialmente claro algo que já vínhamos sustentando anteriormente e que é o facto de a lei portuguesa, à semelhança de outras legislações, não ter optado por uma aceção ampla dos *insiders* primários, que se bastasse com a circunstância de estes possuírem informações reservadas, mas ter exigido que tais informações se devessem a uma particular relação com a entidade emissora dos títulos mobiliários (...) Na lógica do preceito do Código de Valores Mobiliários, exige-se como que uma relação de causalidade adequada entre a qualidade do agente e o acesso à informação, relação que se funda num pressuposto de confiança" (FERREIRA, 2001, p. 154).

sultado lesivo do bem jurídico protegido). O ato pelo qual estes agentes se propõem a dispor da informação merece também a nossa atenção. Como vimos no Capítulo II, ponto 1, art. 378.º do CVM, esse ato consiste na transmissão a outrem fora do âmbito normal de funções do agente de uma informação privilegiada, podendo, também, consistir num verdadeiro e autêntico ato negocial como "negociar, aconselhar alguém a negociar ou ordenar a subscrição, venda ou troca e activos com base na informação privilegiada" (PINTO, 2000, p. 72). Cada um destes comportamentos é relevante por si só, ou seja, cada um dos factos leva à realização do tipo de ilícito independentemente da realização dos outros. Isso leva a que possa ter lugar a realização de vários tipos de comportamentos relevantes, levando, consequentemente, a concurso efetivo ou aparente de crimes ou de comportamentos intratípicos.

Entendemos pertinente operar, ora, a subtração de um *plus* fundamental, que o mesmo é dizer, através de uma delimitação negativa, identificar alguns dos casos não subsumíveis nos tipos incriminadores. Assim:[52]

> a) A *simples posse* de informação privilegiada não é suficiente para preencher o tipo de incriminação do crime de abuso de informação. Este estipula que o agente tenha que transmitir, negociar, aconselhar ou emitir ordens para que haja uma conduta efetiva de disposição dessa informação.
>
> b) os casos de *non trading*, ou seja, os casos em que alguém tem essa informação mas não efetiva um desses catos de conduta que preenchem o tipo, não integram o crime de abuso de informação. Percebe-se que a prova seria diabólica, de difícil execução, além do que não existe materialidade suficiente para desencadear o aparelho de tutela sancionatória. Por outro lado, a punição do *non trading* seria a punição de uma conduta de omissão de negociar, como relembra Costa Pinto. Isso significaria que existiria, nesta suposição, um correlativo dever de negociar. "No caso em apreço, isto equivaleria a dizer que seria exigível ao destinatário da norma que praticasse um acto economicamente não racional que implicaria um auto-prejuízo consciente" (PINTO, 2000, p. 74). Obviamente, isso se acabaria por traduzir numa possível ineficácia, *ab initio*, da figura.
>
> c) tem que existir dolo em relação a todos os elementos do facto típico para que o comportamento seja punível. Se tal não acontecer o comportamento não poderá adquirir relevância criminal.

52. Para mais desenvolvimentos, PINTO, 2000, p. 73.

d) tem que existir um nexo de causalidade entre a informação privilegiada e a realização da conduta proibida. Se tal não se verificar existe uma clara atipicidade do comportamento e, mais uma vez, não haverá possibilidade de punição através do crime de abuso de informação.[53]

e) estarão excluídas do domínio de informação privilegiada as figuras de estudos, previsões e estatísticas que, "ainda que elaboradas com dados conhecidos do público, são susceptíveis, pelo facto de aumentarem a informação do mercado, de determinarem correcções pontuais nos preços das acções" (FERREIRA, 2001, p. 155). Como refere Eduardo Ferreira, "tem sido entendimento unânime sobretudo na doutrina italiana, o de que tais estudos estão afastados do conceito de informação privilegiada, tal como sucede no caso de estudos financeiros elaborados com base em elementos não publicados e destinados a entidades específicas que podem ser mantidos em reserva por um período de noventa dias" (FERREIRA, 2001, p. 155). Por outro lado, a própria Diretiva 2003/6/CE esclarece no seu ponto 31 que "[o]s estudos e as estimativas elaboradas com base em dados do domínio público não deverão ser consideradas informações privilegiadas e, por conseguinte, as operações efetuadas com base nesse tipo de estudos ou estimativas não deverão ser consideras por si só, na aceção da presente diretiva, um abuso de informação privilegiada".

f) um terreno movediço será constituído pelos casos dúbios em que a informação privilegiada chega ao conhecimento de alguém sem que tenha existido um esforço sério e pessoal nesse sentido. Estes casos fortuitos não constituirão, em princípio, comportamentos densificadores de um crime de abuso de informação (falamos de casos de revelações esporádicas em lugares públicos ou por meio de comunicação, de forma indireta, por exemplo). Mas atenção. Costa Pinto faz uma ressalva que pretendemos desenvolver. De facto, uma análise de uma determinada situação, para efeitos de preenchimento do crime consignado no art. 378.º do CVM, tem que ter em conta não só a validade do objeto, nem só, tão pouco a forma de recepção dessa informação, mas, preferencialmente, os atos de disposição posterior,

53. Como refere o autor, este item revela especial importância nos casos de investimento baseado em investigação pessoal de informação. Pelo exposto, não são criminalmente relevantes.

a utilização, no fundo, que foi feita dessa mesma informação. Uma informação recebida de modo fortuito, por mero acaso, não preencherá o tipo previsto nos n. 1 e 2 do 378.º do CVM. No entanto, e como vimos, o tipo previsto no n. 3 do referido artigo alarga consideravelmente a figura. Se o agente recebe essa informação, mesmo por mero acaso, e faz uso ulterior dessa informação, realizando um ato típico previsto neste mesmo n. 3, não poderá constituir um ato de *insider trading*? Como refere o autor "[n]ão é, por isso mesmo, exacto afirmar face à lei portuguesa que a obtenção casual de uma informação privilegiada faz com que a sua posterior utilização seja sempre atípica" (PINTO, 2000, p. 75). A questão do conhecimento de informações através de meios fortuitos tem sido objeto de muita discussão e debate pleno de controvérsias. Trata-se de uma questão muito apelativa que, tendo em conta a sua especificidade e complexidade, mereceria tratamento autónomo.

3.3. Conceito de "informação privilegiada"

A ambiência de uma sociedade globalizada assente em mecanismos de transmissão e publicitação da informação veio potenciar enormemente a importância do tema. Verdadeiramente,

> [n]uma sociedade em que a comunicação é cada vez mais rápida e em que, progressivamente, a informação e a transparência se tornam valores reclamados pelo direito nos mais variados aspectos, não se pode deixar de salientar o papel de vanguarda do direito de valores mobiliários, que é seguramente uma das áreas onde encontramos uma maior exigência nesse domínio (FERREIRA, 2001, p. 137).

De facto, o mercado de valores mobiliários, muito por culpa dos princípios densificadores que diametralmente o conformam, sempre propugnou uma política de efetivação e implementação da informação e transparência do mercado. A tal movimento não foram estranhas, certamente, as inúmeras Diretivas comunitárias já caracterizadas: Certo é que "esta influência resulta, em larga medida, da transposição de directivas comunitárias e é, assim, uma influência indirecta, mas nem por isso menos evidente" (FERREIRA, 2001, 138). No entanto, a concretização do valor da transparência, aliado a um conceito articulado de informação, só sobrevive em função de um bem maior. E é igualmente verdade que a organização e consequente subsistência das próprias sociedades e grupos terá que passar pela forma de captação e tratamento dessa informação. Num quadro densificador do mercado de valores mobiliários,

essa preocupação aumenta exponencialmente, uma vez que vai constituir uma base inteligível de possível e futura tomada de decisões. A verdade é que esta consideração parte de um pressuposto perspetivado. A informação acaba por ser uma categoria facilmente materializável, consequentemente, objeto idóneo de atos de disposição.

Segundo o entendimento de Faria Costa: "[D]amo-nos, assim, conta de que a informação, de uma certa forma, é uma categoria substantível. Por outras palavras: pode-se apreender e, neste sentido, também armazenar informação" (FARIA COSTA, 2006, p. 40). E estes atos de disposição terão que ser devidamente classificados e regulamentados. A especificidade do mercado de valores mobiliários aumenta o âmbito de debate desta questão.[54] Porque a verdadeira transparência passa, não só pelo armazenamento da informação, mas também pelo tratamento da informação que não é mantida em segredo. Todavia, não é, certamente, "a informação mantida em segredo (...) que satisfaz o mercado de valores mobiliários. Bem pelo contrário" (FARIA COSTA, 2006, p. 40). Como tal, e mercê do exposto, o conceito de informação, além da necessária nota de transparência, relaciona-se intimamente com o modo como o acesso a essa informação é realizado. Os investidores desempenham a sua função num ambiente perpassado por múltiplos riscos.[55] Numa óptica de proteção dos seus interesses é necessário, também, um critério *de informação adequada* (FARIA COSTA, 2006, p. 41), como plataforma igualitária de motivação de decisões e, claro, de gestão controlada dos riscos inerentes ao investimento no mercado de valores mobiliários. Como bem refere Faria Costa, tal perceção passará sobretudo pela implementação de um conceito articulado de publicidade que tem como escopo final a proteção do mercado *per se*(o bem maior referenciado).

De facto, a preocupação do direito societário, bem como a do direito dos valores mobiliários com a informação, reflete, no fundo,

> uma atitude que começou por ter expressão no direito público, com a consagração da ideia de que as sociedades são tanto mais democráticas quanto dispuserem de um sistema eficiente de divulgação

54. O mercado de valores mobiliários, constitui, de facto, uma zona particularmente sensível e importante para a economia de mercado, atente-se os processos atuais de integração económica e financeira (globalização), potenciando o valor da informação transparente a um nível efetivamente elevado.

55. "Os investidores, em busca de maiores rendibilidades, fazem investimentos no mercado de valores mobiliários (e dos instrumentos financeiros) que, por natureza, acarretam risco, assumindo a responsabilidade pelas decisões que tomam" (SANTOS, 2011, p. 23).

> das notícias e de circulação da informação, que vai garantir um controlo de poder (FERREIRA, 2001, p. 138-139).

A democratização deste sistema de informação revela capacidades imensas de transmutação da própria conceção evolutiva dos mercados de valores mobiliários. Na verdade,

> o mercado não pode ser definido apenas como um ponto de encontro destinado a permitir a troca de vens e produtos, mas tem de ser visto, sobretudo, como uma instituição dotada de regras próprias em que as pessoas que nele actuam reclamam um conjunto de garantias de igualdade (FERREIRA, 2001, p. 140).

Só por um esforço conjunto de perspetivação da informação enquanto transparência, enquanto critério adequado, enquanto perpassado por um critério de publicidade, é que se torna exequível a proteção dos investidores, num cenário muti-riscos, e a proteção e dinamização do próprio mercado.

O art. 378.º, n. 3 do CVM, vem estipular um critério legal de informação privilegiada

> [e]ntende-se por informação privilegiada toda a informação não tornada pública que, sendo precisa e dizendo respeito, direta ou indiretamente, a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, seria idónea, se lhe fosse dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado.

O n. 4 do referido artigo estende o conceito de informação privilegiada relativamente aos instrumentos derivados sobre mercadorias:

> [e]ntende-se por informação privilegiada toda a informação com carácter preciso que não tenha sido tornada pública e respeite, direta ou indiretamente, a um ou mais desses instrumentos derivados e que os utilizados dos mercados em que aqueles são negociados esperariam receber ou teriam direito a receber em conformidade, prospectivamente, com as práticas de mercado aceites ou com o regime de divulgação de informação nesses mercados.

A definição legal deste conceito é facilmente percetível. Num ramo em que existe, ainda, algum movimento de indefinição concetual é um esforço digno em direção a uma futura estabilização e segurança. No entanto, não poderá dispensar um ulterior esforço dogmático de análise dos requisitos existentes, lidando com a porosidade e consequente abertura deixadas pelo legislador. Assim, o art. 378.º do CVM estipula um conjunto de requisitos para que uma determinada informação possa integrar o tipo de ilícito em causa: carácter não público; carácter preciso; respeitar a entidades emitentes de valores mobiliá-

rios ou a valores mobiliários; ser *price-sensitive*, ou seja, ter uma influência sensível sobre o preço. Iremos analisar brevemente cada um deles.

– *O carácter não público da informação*[56]

Para que a informação seja considerada adequada a preencher o tipo de ilícito consignado no crime de abuso de informação, tem que possuir um carácter não público, qualificada por alguns autores como informação secreta. Isso significa que não é acessível ao cômputo total e à generalidade dos intervenientes no mercado (VERDELHO, 2009, p. 345-346). Ou, nas palavras de Costa Pinto,

> é informação reservada a um círculo restrito, naquele momento. O *insider trading* diz assim, em parte, respeito à informação que se destina a ser divulgada e a infracção traduz-se no seu uso antecipado em relação à data da divulgação (PINTO, 2000, p. 76).

Por sua vez, Faria Costa define que

> numa primeira aproximação, podemos começar por dizer que é pública uma informação que, interessando a todos, fica disponível para todos – é susceptível de ser conhecida por todos (FARIA COSTA, 2006, p. 43).

Da análise do art. 378.º, n. 3 do CVM, resulta que não assumirá a categoria de informação privilegiada a resultante de dados que foram tornados públicos e que, como tal, estão à disposição do conhecimento das pessoas, totalmente acessíveis.[57]

---

56. Nesse sentido: Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção, recurso n. 7799/06.9 TFLSBL1.

57. Caso sensível tem sido a da *selective disclosure*. Nesta, o emitente revela a informação privilegiada a um grupo de pessoas seletas (normalmente peritos, consultores, analistas). Embora tenha havido uma partilha de informações, não parece haver um movimento de publicitação ou de divulgação que faça com que um dado mercado tome decisões nesse sentido. Caso diferente será se um determinado consultor ou analista receber a informação de uma das categorias estipuladas no art. 378.º, n. 1 do CVM, e, com base nelas, começar a aconselhar, recomendar específica negociação de títulos. Bem anda Faria Costa ao defender que: "Em situações deste tipo, a 'selective disclosure' não é de molde a fazer cessar o carácter não público da informação que o analista recebeu. Incorre na punição pela prática do crime de abuso de informação o analista que, em contacto com os membros do órgão de gestão de um emitente, obtém informação reservada e sensível e opta por a incorporar em recomendações que fornece aos seus clientes". (FARIA COSTA, 2006, p. 47).

– *O carácter preciso da informação*[58]

A doutrina tradicionalmente faz uma delimitação negativa deste conceito. A lei não refere em que é que consiste este carácter preciso da informação. No entanto, num esforço de análise, alinhamos com Costa Pinto, que defende que

> [e]xiste, pois, uma primeira delimitação negativa a fazer em relação ao conceito de "informação precisa": deve excluir-se do conceito as referências vagas, rumores, notícias difusas e, por outro lado, não se deve chegar a exigir que a informação corresponda a uma certeza. Não tem de ser informação completa e exaustiva, nem pode ser uma mera suspeita sobre um certo facto"(PINTO, 2000, p. 77).

Faria Costa corrobora esta posição consignando que "[n]uma delimitação negativa, dir-se-á que é não precisa – e deste modo o seu uso não releva para os efeitos do crime em análise – a informação que resulta de referências vagas, rumores, notícias difusas" (FARIA COSTA, 2006, p. 43) que este conceito se reporta à descrição de "uma realidade minimamente identificada" (PINTO, 2000, p. 76). Isso faz com que em termos de significado este carácter preciso da informação andará entre um "rumor" e um "juízo de certeza". Em conclusão, o autor refere que "[a] exigência legal da informação ser precisa significa, na minha opinião, que a informação deve ter em relação à realidade que descreve um mínimo de materialidade ou objectividade ou, noutros termos, a consistência mínima para permitir a sua utilização por um investidor médio"(PINTO, 2000, p. 77).

Este requisito de precisão de informação acarreta, como vemos, alguns problemas de implementação e aplicabilidade prática. Numa atividade negocial repleta de riscos, considerações, autênticas suspeitas sobre eventos futuros, é necessário descortinar o momento preciso em que, no decurso de todo um processo negocial, a informação atinge um ponto ótimo de precisão e, consequentemente, preenche plenamente o requisito explanado. Tal escopo torna-se difícil e complexo se considerarmos que os processos negociais são diametralmente diferentes tendo em conta os agentes e objetos envolvidos, dependendo, como tal, de uma panóplia caracterizadora de fatores de imputação e modelação. Não é possível

> ignorar que a prática negocial tanto conhece negócios em que são ausentes quaisquer contactos preliminares, como se multiplicam processos negociais mergulhados em uma extrema complexidade que

58. Nesse sentido, Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção, recurso n. 7799/06.9 TFLSBL1.

> exigem um longo, demorado e intenso período dedicado a contactos preliminares (FARIA COSTA, 2006, p. 48).

Tendo em conta esta ambiência, necessitamos de um critério de sinalização do momento essencial em que a informação atinge o supra referido ponto ótimo de referenciação. *Prima facie*, esse grau de consolidação e de "cristalização" (FARIA COSTA, 2006, p. 49) deverá acontecer aquando da realização de acordo entre as partes. Podemos, sem qualquer temor, afirmar que aí, e perante o conhecimento de determinado acordo, estaremos perante informação precisa. Faria Costa supera esta consideração, analisando num plano de intencionalidade, referindo que

> no decurso de um processo negocial, a informação atinge o grau de consolidação ou cristalização tipicamente relevante para efeitos do crime de abuso de informação quando a probabilidade de o acordo não se fechar for ínfima ou irrisória (...) Este critério encontra-se bem fundado jurídico-penalmente, porquanto, por um lado, permite o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários, como, por outro lado, pune as condutas dos agentes que estão numa situação de efectiva vantagem porque podem efectuar "operações sem risco" (FARIA COSTA, 2006, p. 50).

A referência deste carácter preciso, e desta forma de consolidação, cristalização e, também, de sinalização visa, mais uma vez, regular e tutelar o correto funcionamento do mercado.

– *Ligação a entidades emitentes de valores mobiliários ou a valores mobiliários(a* market information *e o* front-running*).*[59-60]

O terceiro requisito do art. 378.º, n. 3 do CVM diz respeito à referência a entidades emitentes de valores mobiliários ou a valores mobiliários. Num certo sentido, pode-se falar aqui num critério de especificidade: a lei exige que exista uma ligação entre a informação privilegiada e um determinado emitente ou valor mobiliário. Nesse segmento, a análise da especificidade passará pela consideração das situações de *market information* e de *front-running.*

Quando falamos em *market information,* referimos um conjunto de notícias ligadas às condições do mercado ou versando sobre os mercados *stricto sensu,* que estabelecem apenas uma ligação dita indireta com o emitente. A questão

59. Nesse sentido, Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção, recurso n. 7799/06.9 TFLSBL1.

60. Para mais desenvolvimentos, FARIA COSTA, 2006, p. 51.

aqui passará por saber se estas informações podem ou não configurar informação privilegiada. À luz da legislação nacional, e tendo em conta o referido alargamento funcional do n. 3 do art. 378.º do CVM, estipulando que as informações podem dizer respeito "directa ou indirectamente a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros" parece-nos que, em certas situações, cumpridos pontualmente os demais requisitos, também os casos de *market information* podem constituir crime de abuso de informação privilegiada.

Quanto ao *front-running*, reporta-se a situações em que um agente, *o front-runner*, aproveitando uma informação elaborada e executada por terceiros, irá, também ele, realizar negócios, prévios ou paralelos, "designadamente àquelas que sejam susceptíveis de ter impacto no mercado" (FARIA COSTA, 2006, p. 51). Parece-nos que todos os requisitos expostos *above* estão cumpridos. A questão aqui será desvendar se as margens de punibilidade serão flexíveis o suficiente para abarcar esta situação na figura do crime de abuso de informação. Não nos parece que, mesmo existindo uma ligação indireta, o necessário nexo de causalidade e a importante ligação ao emitente esteja, por qualquer forma, comprometida. Como tal, estão preenchidos os demais requisitos, também esta conduta será, nas situações corretas, punida.

– Price-Sensitive: *a idoneidade para influenciar de maneira sensível o preço dos valores mobiliários.*[61]

O último requisito exigido é o da "idoneidade para influenciar de maneira sensível o preço dos valores mobiliários".[62] A aplicação destes requisitos é, talvez, o que levanta maiores dificuldades. E os problemas de interpretação põem-se, desde logo, em dois momentos. Senão vejamos. Tal advém, em primeiro lugar, das características dos próprios mercados. Estes são extremamente dinâmicos e evolutivos. E é esta "volatilidade" que implica diversas consequências, repercussões e ramificações na evolução da cotação dos próprios valores mobiliários. Numa ambiência histórica, por exemplo, como a atual, em que os mercados estão a passar por períodos de levantamento de dúvidas e questões, por hiatos de indefinição, como é possível aferir esse critério de idoneidade? *In casu*, como é que um determinado comportamento poderá afetar de maneira sensível o preço de um determinado valor mobiliário? Faria Costa defende que "[t]em sido salientado que a valoração da idoneidade deverá ser

61. Nesse sentido, Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção, recurso n. 7799/06.9 TFLSBL1.

62. Cf. art. 378.º, n. 3 do CVM.

feita por intermédio de um juízo *ex ante*, ou seja, deve tal juízo reportar-se a momento anterior ao da publicação da informação privilegiada" (FARIA COSTA, 2006, p. 53). Costa Pinto corrobora esta posição[63] referindo que "[s]e tal informação quando publicitada fosse, num juízo de previsibilidade reportado ao momento *ex* ante da operação, susceptível de gerar apetência pela compra ou venda de activos, tal informação revela idoneidade para influenciar a evolução da cotação" (PINTO, 2000, p. 78).

Em segundo lugar, existem vincadas dificuldades em analisar o requisito de "influência sensível sobre o preço do mercado". Qual o critério a utilizar nesta situação? Discute-se se a adoção de um critério quantitativo, através, por exemplo, de fixação de percentagem que, em caso de ser ultrapassada, pudesse dar como preenchido aquele critério. Este tipo de critério quantitativo apresenta variadas fragilidades. Desde logo relacionadas com as características do próprio mercado. Mas sobretudo, e como bem realça Costa Pinto:

> [D]eve frisar-se, ainda, que qualquer quantificação sobre o impacte do conhecimento da informação na evolução das cotações é, nesta matéria, incompatível com a letra e o sentido teleológico da infracção se, através dessa quantificação, se pretender condicionar a aplicação do tipo de crime (PINTO, 2000, p. 79).

A lei sugere uma alteração qualitativa, e não quantitativa. Além de que o escopo da norma é sancionar assimetrias qualitativas, em violação de um princípio de igualdade entre os investidores. Daí que se procurem critérios com maior ductilidade que elabore um juízo de prognose onde no fundo se executa "um juízo de comparação entre o uso da informação reservada e os efeitos previsíveis da reacção do mercado à publicidade conferida a tal informação" (FARIA COSTA, 2006, p. 54), de carácter qualitativo.[64]

63. De salientar, como o próprio autor faz, de resto, que existe uma parte da doutrina que na determinação da idoneidade negocial da informação privilegiada, adota o conceito de *facto relevante* descrito no art. 248.º do CVM. Apesar de possível, tal entendimento não pode ser valorado devido ao princípio da fragmentariedade em Direito Penal "que veda o recurso a ilações sistemáticas que desrespeitem a singularidade de cada tipo de ilícito". (PINTO, 2000, p. 79).

64. No sistema jurídico norte-americano, por exemplo, uma das modalidades utilizadas para comprovar esta idoneidade da informação é através da análise do efeito real que a divulgação dessa informação teve no mercado (*actual market impact*), na negociação efetiva do *insider* e no nível de secretismo com que o agente utilizou essa informação em causa.

Para finalizar, e na concretização deste requisito da idoneidade da informação, e após a adoção de um critério qualitativo, acreditamos que existe um papel fundamental a desempenhar em termos de supervisão. A efetivação prática passará por aqui. Como refere Costa Pinto:

> [N]a concretização deste conceito de idoneidade da informação assume particular relevo a actividade da autoridade de supervisão que, pelos seus conhecimentos técnicos sobre o funcionamento dos mercados e sobre as circunstâncias, pode fornecer elementos decisivos para a subsunção típica dos comportamentos e posterior avaliação das autoridades judiciárias competentes (PINTO, 2000, p. 80).

Coadjuvante neste processo será, também, a possível adoção de um sistema de indícios: "a doutrina aceita que certos factos concomitantes ou posteriores à conduta proibida podem funcionar como prova indirecta ou indícios *ex post* relativamente à idoneidade da informação para alterar de forma sensível a evolução das cotações" (PINTO, 2000, p. 80).

3.4. O relevo jurídico criminal das condutas de uso de informação privilegiada própria

Serve a introdução desta conduta proibida para agilizar a análise da figura, saindo do sintomático âmbito e da tradicional zona de conforto.

Sabemos, ora, que um determinado agente, a título de exemplo, um órgão de administração ou de fiscalização que, devido à sua qualidade profissional, obtém uma determinada *informação privilegiada* sobre o emitente ou sobre valores mobiliários, encontra-se inibido, sob cominação jurídico criminal, de levar a cabo qualquer ato de disposição, de uso, no fundo, dessa informação. Como refere Faria Costa:

> [É] manifestamente típica a conduta do membro do conselho de administração que, sabendo que a sociedade que administra vai lançar uma oferta pública de aquisição das ações da sociedade Y, se apressa a adquirir tais títulos que, mais tarde, venderá na operação pública de aquisição (FARIA COSTA, 2006, p. 111).

Situação diferente é aquela em que uma determinada sociedade, como *preemptive movement,* realiza um acervo de estudos de investimento e decide seguir os objetivos e conclusões por aqueles, alcançados. Se o administrador seguir essa via e ordenar a aquisição de tais títulos para a sociedade, o seu comportamento poderá ser subsumível à categoria de abuso de informação privilegiada? Pensamos que não. Embora a informação que resulte desses estu-

dos possa ter algumas das características já mencionadas, não parece, contudo, enquadrar-se no *ratio* de proteção do crime de abuso de informação.

Por outro lado, e primordialmente, cumpre também questionar se a utilização de informação precisa, não pública, *price-sensitive*, de factos relativos à própria sociedade constitui *insider trading*. E, também, se a utilização dessa informação se repercutirá em lucro.[65] É a *ratio essendi* deste ponto. Como exemplo desta situação refere Faria Costa: "[P]ense-se (...) no ingresso de um administrador de prestígio ou num importante projecto de *joint venture* em que a sociedade emitente participa" (FARIA COSTA, 2006, p. 112). De facto, esta utilização de informação própria vai revelar-se numa posição competitiva privilegiada. Obviamente que se nos remetermos a uma lógica de paridade de condições de todos os investidores não será difícil considerar como um autêntico *insider* "a pessoa que beneficia do conhecimento de eventos próprios ou de propósitos próprios" (FARIA COSTA, 2006, p. 112). Assim, a conceção e resolução deste problema também se relacionará com a concessão que temos do tipo legal de crime de abuso de informação. O art. 378.º, n. 2, estipulou uma espécie de consideração ou critério de neutralidade da fonte. Isto é, para que haja o preenchimento do tipo não existe uma consideração ou uma exigência que o conhecimento tenha vindo e sido obtido de uma determinada fonte. Existe aqui um movimento translativo que concede força ao momento de conhecimento de informação privilegiada em detrimento da fonte da qual emana. Como consigna o n. 2 do art. 378.º do CVM:

> Qualquer pessoa não abrangida pelo número anterior que, tendo conhecimento de uma informação privilegiada, a transmita a outrem ou, com base nessa informação, negoceie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, direta ou indiretamente, para si ou para outrem é punida com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 240 dias.

65. Como referem Pedro Carvalho e João Duque: "A literatura sobre 'insider trading' procura responder à seguinte questão: será que os 'insiders' utilizam informação não pública para obterem um lucro acima daqueles que poderiam obter se negociassem somente com base em informação pública? Se os 'insiders' negoceiam com base em informação não pública ou informação privilegiada, então é expectável que estes comprem acções da própria empresa antes de uma subida no valor das acções e vendam nos dias que antecedem uma desvalorização dos títulos" (CARVALHO; DUQUE, 2007, p. 1).

Como tal este critério de neutralidade da fonte, parece, na nossa opinião, e através de uma interpretação extensiva, conferir, também, a possibilidade de punição do uso de informação própria, desde que cumpridos os restantes requisitos.

4. CAPÍTULO III – CONCLUSÕES

Aqui chegados, faremos por cumprir o esforço de sintetizar os aspetos nevrálgicos do estudo levado a cabo. Fá-lo-emos do seguinte modo:

a) a análise da figura do Insider Trading *requer um esforço de compreensão que tenha em conta a ambiência e momento histórico atual que se repercute pelo entendimento organizacional, funcional e estrutural das áreas da Banca, Bolsa e Seguros.*

b) tal esforço passará por sublinhar as necessárias transformações ao nível de competências impulsionadas e estruturadas numa ótica de transformação geopolítica inerente.

c) a crise financeira de 2007, assim com a panóplia de comportamentos que estiveram na sua base, acarretaram a necessidade de reflexão e equacionamento ao nível da coordenação diferentes comportamentos dos sujeitos e instituições do grande teatro financeiro internacional.

d) os sujeitos, instituições e atores do grande palco financeiro internacional passam por um momento de tomada autêntica de consciência, em que a ideia de uma golden age *ininterrupta, de expansão e crescimento desmedido e utópico do sistema financeiro foi superada pelo conceito de "fim de ciclo", "fim de era".*

e) a principal vítima de toda esta ambiência foi o conceito relacional da fides, base e capital de confiança indispensável em que assentava a relação entre as instituições financeiras e a sua clientela, havendo um claro paradigm shift *em relação à forma como o palco financeiro, e os seus intervenientes, são comumente percecionados.*

f) a densificação da figura do crime de abuso de informação privilegiada, enquanto propugnador do princípio transversal de transparência e segurança do mercado, e até numa ótica de estruturação e restabelecimento das relações financeiras, é, no quadro relatado, fundamental.

g) Insider Trading *percorreu um longo caminho desde a consideração da natureza censurável e ilícita do abuso de informação até a sua ascensão à dignidade de conduta jurídico-criminalmente relevante.*

h) a intervenção penal nesta figura é considerada necessária e imprescindível, sublinhando que a via da criminalização do abuso de informação se assume como a via mais eficaz e correta de tratamento do problema.

i) crime de abuso de informação privilegiada tem que se relacionar com a sensibilidade e reatividade à informação, própria dos mercados financeiros. E é esta nota de "sensibilidade e reatividade" que nos leva facilmente a concluir que a utilização dessa informação é um problema jurídico-penal, sendo basilar uma rede de preceitos de proteção e tutela dos bens jurídicos protegidos pelo abuso de informação privilegiada.

j) crime de abuso de informação não visa proteger posições individualizantes. Protege um bem demarcadamente supraindividual: a viabilidade e transparência do próprio mercado.

k) na base da incriminação do crime de abuso de informação está um escopo de garante de qualidade, segurança e transparência do próprio mercado.

l) propósito que está muito para além das fronteiras clássicas do direito penal e que será sancionado pelo direito penal secundário.

m) desaguar lógico: *ao carácter supraindividual do bem jurídico protegido é necessário acrescentar uma nota visível que realce o bem jurídico em questão como uma realidade polifacetada ou poliédrica.*

n) a proteção e implementação dessa nota passa por um processo de tutela da confiança dos investidores no correto e regulamentado funcionamento do mercado e por uma proteção da decisão económica individual, tomada como igualdade de informação para todos os investidores.

o) além de poliédrico, o bem jurídico assume-se como fundamentalmente heterogéneo, uma vez que engloba uma autêntica diversidade de proteção de realidades diferentes: proteção da confiança e da igualdade dos investidores.

p) a tutela sancionatória do insider trading passa por uma exigência constitucional: a Constituição da República Portuguesa estipulou um articulado de artigos que tem como escopo garantir uma salutar organização financeira. Os arts. 101.º e 81º, e, são, a este passo, fundamentais. Nasce aqui uma autêntica preocupação constitucional que visa proteger os interesses económicos dos particulares, assim como prosseguir itens consagradores de uma política económica de desenvolvimento estadual.

q) a figura do crime de abuso de informação foi introduzida pelo Código das Sociedades Comerciais, nos seus arts. 499.º, 450º e 524.º (este último já revogado), estando também presente no CódMVM no art. 666.º. No CVM de 1999, o legislador inseriu-o no art. 378.º, estipulando uma série de comportamentos padronizados que são proibidos nos mercados de valores mobiliários.

r) o art. 378.º do CVM consignou o crime de abuso de informação privilegiada através de atos de disposição de uma informação privilegiada por certas pessoas por referência aos comportamentos proibidos pela incriminação: transmitir, negociar a informação, aconselhar alguém a negociar, e ordenar a subscrição, venda ou troca de ativos com base numa informação privilegiada.

s) crime de abuso de informação estrutura-se tipicamente à volta de certas relações especiais que um grupo de agentes tem com a fonte de informação privilegiada (caso do art. 378.º, n. 1 e 2 do CVM) ou que qualquer pessoa tem com aqueles agentes que possuem essa relação especial (art. 378.º, n. 3).

t) existem, como tal, vários tipos de insiders*: os* corporate insiders *– são titulares de órgãos de administração ou fiscalização de uma entidade emitente ou possuidores de participações no respetivo capital; os* insiders não institucionalizados ou temporários *– pessoas que têm um vínculo profissional a um emitente, a título temporário ou permanente; e os* outsiders *ou* tippies *– recebem de um agente com essas qualidades definidoras típicas uma qualquer informação privilegiada que depois irão ilicitamente utilizar.*

u) existem, consequentemente, diversos patamares de organização de delimitação dos agentes possíveis: os insiders *primários, qualificados ou intranei, que detêm, como vimos, um conjunto referencial de qualidades ou uma relação especial com a fonte de informação privilegiada; e os* insiders *secundários ou extranei, que acabam por receber a informação dos primeiros.*

v) delimitação negativa de comportamentos que não preenchem os tipos incriminadores: a simples posse de informação, os casos de non trading*, casos em que não existe dolo em relação a todos os elementos do facto típico, casos em que não existe nexo de causalidade em relação a todos os elementos do facto típico, e as figuras de estudos, previsões e estatísticas.*

w) a implementação de uma sociedade globalizada assente em mecanismos de transmissão e publicitação da informação veio potenciar enormemente a importância do conceito de "informação privilegiada".

x) mercado de valores mobiliários, merce dos princípios densificadores que diametralmente o conformam, sempre propugnou uma política de efetivação e implementação da informação e transparência do mercado.

y) o art. 378.º do CVM estipula um conjunto de requisitos para que uma determinada informação possa integrar o tipo de ilícito em causa: carácter não público; carácter preciso; respeitar a entidades emitentes de valores mobiliários ou a valores mobiliários; ser price-sensitive, *ou seja, ter uma influência sensível sobre o preço.*

z) a abordagem ao relevo penal da utilização de informação própria foi feita com o escopo de agilizar a análise da figura, saindo assim da tradicional zona de conforto.

Fechamos o presente capítulo com uma última reflexão conclusiva

A crise financeira que atravessamos foi e é um acontecimento sem paralelo. As consequências nefastas repercutem-se pelos diversos setores de estruturação e organização económica e todas as *chinese walls* e procedimentos *standards* de contenção tendem a não alcançar os efeitos desejados.

Nas palavras de António Ferreira:

> A situação que se vive actualmente coloca, entre muitas outras, a questão de saber se terá sido a crise do sistema financeiro a potenciar a crise económica geral a que também se assiste, ou se, ao invés, terá sido o progressivo colapso da economia feral que potenciou as consequências desastrosas agora sentidas no sistema financeiro (FERREIRA, 2009, p. 188).

Todavia, vivenciamos um momento histórico ímpar. Sendo-nos dada a possibilidade de, tendo por base os dados da realidade, bem como os empíricos advenientes, operar, de raiz, uma verdadeira análise e reflexão pró-mudança da configuração da estrutura, *modus operandi* e papéis dos agentes, instituições e consequentes do palco financeiro. Essa oportunidade deve ser estritamente aproveitada.

Como referimos, se existem, de facto, vítimas e reféns desta crise, a principal será a maneira como os cidadãos comuns, motores atómicos das alianças geopolíticas e económicas, percecionam o cenário financeiro, em geral.

Realmente:

> [o] crédito da confiança que o sistema financeiro granjeou, ao longo dos tempos, junto de accionistas, credores, depositantes e clien-

> tes, em geral, tem sofrido nos últimos tempos choques apreciáveis que tendem a minar os respectivos fundamentos essenciais. Um dos maiores perigos derivados da subsistência da actual crise radica, precisamente, na possibilidade de a deterioração desse clima de confiança atingir níveis que ponham em causa a própria subsistência da actividade financeira (FERREIRA, 2009, p. 188).

É fundamental pró-agir com coragem, encontrar instrumentos e vias de atuação que se repercutam na manutenção de níveis de confiança adequados. E é precisamente aqui que se encontra a pedra de toque do presente estudo. O crime de abuso de informação pode e deve constituir uma resposta clara e eficiente, como mecanismo de resposta técnica e rigorosa, de consignação da transparência dos mercados. E, ao fazê-lo, claro, assumir-se como elemento recuperador da fides dos intervenientes. Obviamente que este esforço de aplicabilidade do *insider trading* como elemento de estabilização futura tem que ser conciliado, como de resto é fundamental, com mecanismos próprios de supervisão financeira (FERREIRA, 2001, p. 189).

Consideramos, por fim, que uma abordagem multifacetada à figura, bem como à maioria das realidades emergentes da dinâmica do setor económico e financeiro, é crucial para a sua compreensão (mormente, ambiência ou cenário global) e uma adequada modelação. Trata-se, no fundo, de fenómenos plurais únicos *in progress*, cuja análise, avaliação, reflexão e intervenção deverão sempre ser o mais abrangentes ou amplos possíveis, não perdendo de vista todos os pontos de conexão, bem como os respetivos focos, a fim de, descodificando o seu cerne, inverter ou reverter, na fonte, os impulsos nocivos.

5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

AZEVEDO, Bernardo; LOPES, Dulce; LOPES, Licínio; CATARINO, Luís Guilherme. *Tratado de direito administrativo especial*. Coimbra: Edições Almedina, 2009. v. III.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. *Abuso de informação, manipulação do mercado e responsabilidade penal das "pessoas colectivas"*. Juruá Editora, 2015.

BOLINA, Helena. A manipulação de mercado e o abuso de informação privilegiada na nova directiva sobre o abuso de mercado. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n. 18, ago. 2004.

_____. As contra-ordenações no novo Código dos Valores Mobiliários: aspectos processuais. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n. 7, abr. 2000.

BORBA, Sandra. Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3.ª Secção Criminal, Processo n. 6053/08-3. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n. 35, abr. 2010.

BRAZIER, Gil. *Insider dealing: law & regulation*. Londres: Cavendish Publishing Ltd, 1996.

BROCHADO, Ana. A Indenização por Abuso de Informação Privilegiada no Código das Sociedades Comerciais. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n. 36, ago. 2010.

CÂMARA, Paulo. Os deveres de informação e a formação de preços no mercado de valores mobiliários. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n. 2, Primeiro Semestre, 1998.

_____. *Manual de direito dos valores mobiliários*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada (arts. 1.º – 107.º)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARDOSO RODRIGUES, Ricardo Alexandre. *A regulação apositiva da contratação internacional – New Law Merchant*. Repositório da FDULP, 2012.

CARVALHO, Pedro; DUQUE, João. "Insider Trading" na *Euronext Lisbon*. *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n. 28, dez. 2007.

CESR. *Report on administrative measures and sanctions as well as the criminal sanctions available in Member States under the Market Abuse Directive*, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito bancário*. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. *Código das sociedades comerciais anotado*. Coimbra: Almedina, 2014.

EUROPEAN SECURITIES MARKETS EXPERTS (ESME). *Market Abuse EU legal framework and its implementation by Member States:* a first evaluation. 06 jun. 2007.

FARIA COSTA, José. *O crime de abuso de informação privilegiada (Insider Trading)* – A informação enquanto problema jurídico-penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FERNANDES, Manuel Meira; NEVES, João Carvalho das. *BPN – Estado a mais, supervisão a menos*. Lisboa: Actual Editora, 2011.

FERRARINI, Guido, La nuova disciplina europea dell'abuso di mercato. Riv. Società, 2004.

FERREIRA, António Pedro. *O governo das sociedades e a supervisão bancária*. Lisboa: Quid Juris – Sociedade Editora, 2009.

FERREIRA, Eduardo Paz. A Informação no Mercado de Valores Mobiliários. *Direito dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. III.

LANGEVOORT, Donald. Insider Trading: regulation, enforcement and prevention. In: *Securities Law Series*. West Group, 1991. v. 18.

OSÓRIO DE CASTRO, Carlos. A Informação no Direito do Mercado de Valores Mobiliários. In: *Direito dos Valores Mobiliários*. Lisboa: Lex, 1997.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

PINTO, Lacerda da Costa. O direito de informar e os crimes de mercado. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n. 2, 1998.

SANTOS, Filipe Matias. *Divulgação de informação privilegiada*. Coimbra: Livraria Almedina, 2011.

SILVA, João Calvão da. *Banca, bolsa e seguros* – Direito europeu e português. Coimbra: Edições Almedina. 2013. Tomo I.

_____. *Direito bancário*. Coimbra: Edições Almedina, 2002.

SOROS, George. *O novo paradigma dos mercados financeiro*. A crise financeira de 2008 e o seu significado. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

STIGLITZ, Joseph E. The Fruit of Hypocrisy. *Guardian*, 16 set. 2008.

VEIGA, Alexandre Brandão da. *Crime de manipulação, defesa e criação de mercado*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

VERDELHO, Pedro. *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Insider trading: o descumprimento do dever de lealdade pelo uso de informações privilegiadas, de Marcella Blok – *RDB* 55/83 (DTR\2012\2466);
- Punição do uso de informação privilegiada no Brasil, de Viviane Muller Prado e Renato Vilela – *RT* 957/153-175 (DTR\2015\9537); e
- Utilização de informação privilegiada, de Ana Paula Paschoalini, Fernanda Perez Jacomini, Mariana Silveira Martins Jost e Natália Parmigiani Merlussi – *ReDE* 4/159 (DTR\2014\9335).

Alternativas ao Direito Penal

Alternativen Zum Strafrecht

Ulfrid Neumann
Autor Convidado
Professor de Direito Penal, Filosofia e Sociologia do Direito na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt amMain).
u.neumann@jur.uni-frankfurt.de

Tradução de Raphael Boldt
Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Estágio doutoral na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Pesquisador Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES). Advogado.
raphaelboldt@hotmail.com

Área do Direito: Penal; Processual

Resumo: A questão acerca das alternativas ao direito penal deve ser abordada a partir de campos específicos. Após um período de intensas críticas ao direito penal, motivadas por princípios humanistas e apoiadas na criminologia, o direito penal apresenta atualmente maior vitalidade. As dúvidas sobre a legitimidade desse direito penal que se expande continuamente conferem maior ressonância a vozes até agora silenciadas, que negam por completo a legitimidade da intervenção penal. O texto busca, portanto, compreender as alternativas ao direito penal, analisando a viabilidade de propostas que demandam algo melhor, mais inteligente e humano.

Palavras-chave: Direito penal – Alternativas – Pena.

Abstract: The question about the alternatives to criminal law must be approached from specific fields. After a period of intense criticism of the criminal law, motivated by humanistic principles and supported in the criminology, criminal law currently has more vitality. Doubts about the legitimacy of this criminal law that continually expands itself provide greater resonance to silenced voices that deny altogether the legitimacy of criminal intervention. The text seeks, therefore, to understand the alternatives to criminal law, analyzing the viability of proposals that demand something better, smarter and more human than the criminal law.

Keywords: Criminal Law – Alternatives – Punishment.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Alternativas possíveis – 3. Reação estatal ou não estatal – 3.1. O crime como conflito entre o autor e a vítima – 3.2. A generalização do conflito autor-vítima – 4. Retribuição ou prevenção – 4. 1. Conceito e instituição da pena – 4.2. Sentido e finalidade da pena – 5. Limitação do direito penal – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A[1-2] questão relativa às alternativas ao direito penal situa-se atualmente de maneira diferente em relação a poucas décadas. Após o período de uma crítica aos fundamentos do direito penal,[3] motivada por princípios humanistas e apoiada na criminologia, o direito penal apresenta atualmente maior vitalidade e capacidade de imposição. As discussões sobre o desenvolvimento do direito penal em uma Europa unida[4] estão impregnadas de otimismo. O *Corpus Juris* para a proteção penal dos interesses financeiros da União Europeia representa a comprovação mais recente dessa tendência expansiva que, com a criminalização de fraudes culposas, insere o direito penal em áreas que até então estavam fora do seu alcance.[5]

Diante desse panorama evolutivo, a questão sobre as alternativas ao direito penal parece inoportuna e forçada. Inoportuna porque o trem da legislação caminha evidentemente na direção contrária. Forçada porque a questão das alternativas torna-se mais importante quando o direito penal se estende para além de seus âmbitos tradicionais. O direito penal se coloca em questão quan-

1. Versão original alemã intitulada *Alternativen zum Strafrecht*, publicada em: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*. Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien – Bd. 88. Peter Lang: Frankfurt am Main, 2005, p. 89-107.
2. N.T.: O tradutor agradece ao professor Ulfrid Neumann pela confiança demonstrada ao autorizar a tradução deste e de outros artigos de sua autoria, bem como pelo inestimável apoio oferecido durante estágio doutoral realizado sob a sua supervisão na Goethe-Universität (Frankfurt am Main).
3. Verificar, por exemplo: Mathiesen, *The Politics of Abolition*, Oslo 1974 (em alemão: Überwindet *die Mauern!*,1979); Plack, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974; Scheerer, *Die abolitionistische Perspektive*, KrimJ 16 (1984), p. 90. Uma breve apresentação e crítica do abolicionismo em Kaiser, *Kriminologie*, 9. Aufl. 1993, p. 168.
4. Para uma visão geral: H. Jung, Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts, *Juristische Schulung*, 2000, p. 417.
5. Mireille Dalmas-Marty (Hrsg.), *Corpus Juris der strufrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Inreressen der Europäischen Union*, 1998, Art. 1 Abs. 1.

do perde a conexão com valores ético-sociais a partir da criminalização de danos patrimoniais culposos e também da imposição de sanções penais a pessoas jurídicas.[6] As dúvidas sobre a legitimidade desse direito penal que se expande[7] podem dar maior ressonância a vozes até agora silenciadas, que negam por completo a legitimidade da intervenção penal ou, ao menos, de suas incursões fora de um âmbito nuclear estritamente interpretado.[8] Em qualquer caso, o caráter da pena como instrumento estatal endereçado à lesão de interesses individuais obriga a não desistir da busca por algo que seja "melhor do que o direito penal, bem como mais inteligente e mais humano".[9]

2. ALTERNATIVAS POSSÍVEIS

A alternativa mais radical seria a erradicação total do direito penal. Sob essa "solução zero", está a possibilidade de substituição da pena criminal e a disponibilização de instituições que possam oferecer um desempenho equivalente. Pode-se discutir, por exemplo, a substituição do direito penal por um mero direito de medidas,[10] um direito de intervenção localizado "entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, o direito privado e o direito público"[11] ou por formas de responsabilidade civil agravadas.[12] Recentemente a inclusão

6. Sobre a discussão, conferir as distintas referências em Maria Kaiafa-Gbandi, Das Corpus Juris und die Typisierung des Strafphänomens im Bereich der Europäischen Union, in: Barbara Huber (Hrsg.), *Das Corpus Juris als kritische Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, 2000, p. 91, 103. Ver também U. Neumann, *Das Corpus Juris im Streit um ein Europäisches Strafrecht*, supra, p. 67, 78.
7. Crítico a respeito: P.A. Albrecht, *Die vergessene Freiheit*. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 2003; diferentemente, Silva Sánchez, *Die Expansion des Strafrechts*, 2003.
8. A respeito, conferir: Lüderssen, *Die Krise des* öffentlichen *Strsafanspruchs*, 1989; o mesmo autor, em *Abschaffen des Strafrechts?*,1995. Esclarecedor sobre os pressupostos para a substituição do direito penal: L. Schulz, Rechtliche Alternativen zum Strafrecht, in: Jo Reichertz (Hrsg.), *Die Wirklichkeit des Rechts*, 1998, p. 116.
9. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1932, em: *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, Bd. 2, 1993, p. 211, 403.
10. Por exemplo, M. Baumann, *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Massnahmenrecht*, 1987.
11. W. Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2. Aufl. 1996, p. 23.
12. Verificar: Frehsee, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1987. Sobre a existência latente de elementos de um "direito penal privado" no direito civil (alemão): Ina Ebert, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, 2004.

da mediação entre autor e vítima[13] no sistema de sanções penais nos conduziu a um modelo de "três vias" e elevou a reparação (*Reparation*) a uma terceira função da pena, juntamente com a retribuição (*Reprobation*) e a prevenção.[14] Por fim, Lüderssen desenvolveu um conceito muito complexo para a "abolição do direito penal", que em linhas iniciais se volta contra a pena privativa de liberdade, mas que no final das contas pretende a total substituição da instituição da pena estatal por um conglomerado de medidas civis e administrativas.[15]

A sistematização desse modelo diversificado e heterogêneo é extremamente complicada. A distinção se daria entre mecanismos de regulamentação estatal e não estatal. Uma alternativa à intervenção estatal se conforma pela conciliação entre autor e vítima e por soluções puramente civis. Outra forma de se distinguir seria a partir do caráter retributivo e preventivo da reação. Finalmente, no quadro das sanções retributivas, pode-se diferenciar entre sanções penais e outras sanções por meio do critério do "juízo de desvalor ético-sociais". Com isso, pode-se apontar como alternativas à pena estatal:

a) Reações (sociais) não estatais.

b) Intervenções estatais com caráter meramente preventivo (medidas educativas e de polícia).

c) Reações estatais retributivas sob o umbral da pena criminal.

A seguir, me concentrarei nas medidas alternativas estatais/não estatais e retributivas/preventivas, estabelecendo em primeiro plano considerações sobre a teoria da pena. A questão sobre a possibilidade de se substituir a pena estatal por outras formas de reação – ou simplesmente uma não reação – depende do

13. Ver Brauns, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter*, 1996; H. Jung, *Täter-Opfer-Ausgleich. Anmerkungen zu seiner Bedeutung für das Rechtssystem*, MschrKrim, 1993, p. 50; Chr. Pfeiffer (Hrsg.), *Täter-Opfer-Ausgleichim Allgemeinen Strafrecht*, 1997; W. Schild, Täter-Opfer-Ausgleichals Strafen, em: E. Schlüchter (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Geerds zum* 70. Geburtstag, 1996, p. 157. N. do T.: a mediação entre autor e vítima (*Täter-Opfer-Ausgleich*) destina-se a resolver um conflito extrajudicialmente, ou, pelo menos, viabilizar a redução da pena do autor. O instituto está previsto nos §155a e §155b do Código de Processo Penal e no §46a do Código Penal, sendo considerado na Alemanha um elemento de transformação do direito penal, mais voltado para os interesses da vítima no processo judicial.

14. Susanne Walther, *Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensysterns*, 2000; na mesma autora: Was soll "Strafe"?, *ZStW* 111 (1999), p. 123.

15. K. Lüderssen, *Abschaffen des Strafens?*, 1995.

desempenho que delas se obtém. Como tais formas de reação podem ser configuradas é uma outra questão, que não pode ser tratada no marco deste texto.[16]

3. REAÇÃO ESTATAL OU NÃO ESTATAL

3.1. O crime como conflito entre o autor e a vítima

A questão acerca da possibilidade de substituição da reação estatal penal por reações não estatais foi discutida especialmente na década de oitenta a partir da expressão "conflito como propriedade", respondida afirmativamente por alguns como a "devolução do conflito à sociedade".[17] Essa exigência aponta para um amplo recuo do Estado de espaços até então ocupados pelo direito penal. O Estado, este foi o diagnóstico, usurpa uma competência genuinamente social em uma área que deveria ser deixada com as forças reguladoras próprias da sociedade. A vítima dessa usurpação – com isso duplamente vitimizada – é primeiramente a vítima do delito e desempenha um papel marginal no processo penal, no qual sua situação pessoal desaparece sob a interpretação penal do fato realizada pelo Ministério Público e pelo Judiciário. Mas a sociedade também é vítima porque a intervenção estatal a priva de entender o caso a partir de suas normas e critérios valorativos. Logo, a abolição do direito penal seria simplesmente a correção da apropriação estatal de algo que lhe é estranho, isto é, território da sociedade.

Contra esse modelo de privatização e reprivatização dos conflitos podem ser apresentadas inúmeras objeções. A contraposição entre Estado e sociedade já é problemática, associada, a partir de um ideal burguês romântico, a uma sociedade organizada por estreitas relações de vizinhança.[18] Problemática é também a devolução do conflito a uma sociedade que o causou. Por fim, a própria categoria do conflito é problemática, ao ameaçar dissolver as diferenças entre autor e vítima, justo e injusto em um antagonismo simetricamente constituído.[19] O perigo de que em um novo modelo de resolução de conflitos

16. A respeito, ver a contribuição de Mercedes García Arán na edição em espanhol da conferência (L. Zapatero/U. Neumann/A. Martín, *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio del Siglo*, 2003), p. 191.

17. Fundamental: N. Christie, Conflicts as property, em: *The British Journal of Criminology*, 17 (1977), p. 1 (em alemão: Grenzen des Leids, 1986, p. 125).

18. Sobre o modelo de tribunais de vizinhança: Christie (nota 17), p. 137.

19. Crítico em relação às consequências deste modelo simétrico construído sobre a relação autor-vítima, verificar Naucke, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, Kritische Vierteljahresschrift* 1993, p. 135, 141.

"social-construtivo"[20] a vítima venha a suportar encargos adicionais é ainda hoje atual, como mostra a discussão alemã.[21]

Esses problemas não devem esconder o fato de que o conceito de "conflito como propriedade" destaca dois pontos essenciais. Um ponto se refere à posição da *vítima* no processo penal. Há muito tempo o agredido foi reduzido no processo penal a um instrumento de busca da verdade e apenas recentemente foi reconhecido como parte do processo com direitos próprios.[22] Por outro lado, uma perspectiva que percebe o delito como uma interação entre autor e vítima destaca que a ingerência do Estado na forma de uma intervenção penal deve ser legitimada. Essa questão ganha um significado especial sob a iminência de um direito penal intercultural.[23] Se os envolvidos, segundo *seus* parâmetros culturais, julgam o fato apropriado, o Estado tem o direito de intervir penalmente, quando, por exemplo, o marido impõe um "castigo adequado" à sua esposa "desobediente"? Essa pergunta é, sem dúvida, fundamental, pois pode ser formulada também como questão relativa aos motivos pelos quais o Estado generaliza a lesão de um interesse individual. O Estado não se limita – como demanda a perspectiva abolicionista – a garantir uma compensação à pessoa prejudicada, mas vai para além da vítima concreta e volta-se também para a coletividade.

3.2. A generalização do conflito autor-vítima

A dogmática penal e os modelos de argumentação teóricos do direito penal sobre os quais esta generalização se apoia são familiares. Se entendermos o crime como *violação da norma*, então, *per definitionem*, o Estado como instância criadora da norma também é afetado. A definição do crime como lesão de um bem jurídico também ratifica a coletivização do dano individual em seu conceito.[24] A relação do conceito de crime com o bem jurídico não significa que o fato tenha que ser visto desde a perspectiva da vítima, mas atua em prol da proteção do autor, evitando-lhe a imposição de uma pena, caso sua conduta não apresente a violação a um bem jurídico digno de proteção. A concepção do

20. Conceito em: B.-D. Meier, Konstruktive Tatverarbeitung im Strafrecht – Bestandsaufnahme und Reformperspektiven, *GA* 1999, p. 1.

21. M. Kilchling, Diskussionsbericht, *ZStW* 111 (1999), p. 144, 151.

22. Para um resumo: W. Hassemer/J.Ph. Reemtsma, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, 2002; U. Neurnann, Die Stellung des Opfers im Strafrecht, em: W. Hassemer (Hrsg.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*,1987, p. 225.

23. A respeito: O. Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, 1999.

24. Para uma aproximação, ver: Neumann (nota 22), p. 234.

delito como lesão a um bem jurídico o abstrai do interesse concreto da parte afetada, que surge apenas como portadora intercambiável de um determinado bem jurídico.

Esse paradigma argumentativo – o crime como violação à norma ou como lesão a um bem jurídico – propicia a generalização do dano individual, porém, não o *fundamenta*, pois evidentemente o delito poderia ser definido de forma diferente – como lesão a uma pessoa em sua pretensão de respeito ou em seus interesses elementares. Contra a definição do crime como transgressão à norma impõe-se a suspeita de que a afetação do Estado se constrói a partir de argumentos tendenciosos.

Essa suspeita – eticamente nada evidente e relativizada pelo diagnóstico histórico[25] – de que a pretensão penal do Estado se fundamenta em uma generalização do fato não justificada, embasada em uma infração a ordens ou proibições estatais, foi explicitamente exposta em textos jurídicos. Ela constitui o pano de fundo da proposta de que a pena, de um lado, deve ser substituída por medidas ressocializadoras e, de outro, pelo apoio à vitima na consecução de sua pretensão de reparação civil.[26] Todavia, permanece a questão se com isso não se renunciaria muito rapidamente à busca de uma *fundamentação* da generalização do delito.

Um ponto de partida poderia ser a solidariedade da sociedade para com a vítima, cujo interesse de desagravo estaria satisfeito por intermédio da pena imposta ao autor pela comunidade. Essa ideia tornou-se atual recentemente na Alemanha em virtude do sequestro do empresário e sociólogo *Jan PhilippReemtsma*, que no diário de seu sequestro e em trabalhos científicos posteriores destacou a importância desse ponto de vista.[27] Entretanto, reconduzir a instituição da pena a este entendimento seria superestimar o potencial de solidariedade da sociedade – sem contar o problema de legitimação de uma pena apoiada essencialmente no interesse de desagravo da vítima.[28] Se não se deseja atribuir unicamente ao poder punitivo estatal a desprivatização do conflito por meio

25. Conferir a respeito as contribuições de Willoweit (Hrsg.), *Die Entstehung des* öffentlichen *Strafrechts*, 1999.

26. K. Lüderssen, *Die Krise des* öffentlichen *Strafanspruchs*, 1989.

27. J.Ph. Reemtsma, *Im Keller*, 2 *Aufl.* 1997; W. Hassemer/J.Ph. Reemtsma, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, 2002 (sobre isso: Jung, Über den schwierigen Spagat zwischen Täter und Opfer, *JZ* 2003, 1096).

28. Para uma integração do interesse da vítima à punição do autor em um modelo de prevenção geral positiva: Hassemer/J.Ph. Reemtsma (nota 21). Crítico a esse modelo:

do direito penal, deve-se então partir de algo além da solidariedade da sociedade para com a vítima individual.

Considera-se aqui tanto uma generalização do *papel do autor* quanto *da vítima*.[29] Se seguirmos a teoria psicanalítica, a generalização do papel do autor refere-se à atualização das tendências criminais latentes,[30] enquanto a generalização do *papel da vítima* resulta dos mecanismos do medo e da identificação com a vítima. A perplexidade não provém apenas do temor de se tornar vítima, senão também do sentimento de que isso apenas não ocorreu por acaso. A identificação com a vítima concreta do fato resulta principalmente de sua intercambialidade, o que, dito em parênteses – esclarece a necessidade de uma imputação nos casos em que o fato se dirige a uma vítima determinada – como, por exemplo, nas lesões corporais simples (§223 StGB), mas não nos fatos com vítimas intercambiáveis, como o furto (§242 StGB) ou o estelionato (§263 StGB).

Se isso estiver correto, então o direito penal não pode ser substituído na sua totalidade por reações que apenas atendam à relação individual entre autor e vítima, como acontece na reparação do dano. Com isso não se decidiu ainda como a reação estatal deve se configurar, isto é, se a prioridade é uma reação (também) retributiva ou uma reação (meramente) preventiva. Essa é a segunda questão formulada inicialmente.

4. RETRIBUIÇÃO OU PREVENÇÃO

Em que medida essa pergunta afeta as alternativas à pena representa um problema terminológico inicial, pois um sistema de medidas puramente preventivas só pode ser proposto como alternativa se a pena implica necessariamente em um momento retributivo. Sustento que essa pergunta não pode ser tratada *apenas* como uma questão terminológica, nem pode ser respondida unicamente segundo a boa vontade dos envolvidos em um ou outro sentido.

4. 1. Conceito e instituição da pena

A questão sobre se a pena cumpre em qualquer caso uma função retributiva se discute normalmente no âmbito das chamadas teorias da pena, sob a deno-

---

Prittwitz, Positive Generalprävention und "Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters"?, *KritV Sonderheft Winfried Hassemer zum 60. Geburtstag*, 2000, p. 162, 174.

29. Sobre esta questão: Neumann (nota 22), p. 236.

30. Freud, *Totem und Tabu*, Studienausgabe (2000), Bd. 9, p. 361.

minação "teoria retributiva". Entretanto, tal questão é anterior à divergência entre as teorias, pois não diz respeito a uma possível finalidade ou ao sentido da "pena" como instituição, senão a sua estrutura. A pena é conceitualmente uma violação a interesses, causada a uma pessoa por uma instância autorizada em virtude de um comportamento desaprovado. A constatação de que alguém foi punido provoca a pergunta: "por quê?", e não, ou pelo menos não inicialmente, a pergunta: "para quê?" Não se trata apenas de um problema terminológico, pois as regras de linguagem a partir das quais se utiliza o conceito de pena refletem as estruturas da instituição social. Institucionalmente a pena é um gravame imposto a uma pessoa como reação a uma conduta desaprovada.[31]

No momento estrutural da pena assinalado, o gravame ("produção de um mal") e a desaprovação estão em uma relação de reciprocidade. A incriminação resulta exatamente de um comportamento desaprovado e a desaprovação encontra-se no gravame que se impõe ao autor. Mas essa simetria vale apenas para o âmbito da instituição da pena. Uma censura oficial, no contexto de um processo juridicamente organizado, sem a produção de um mal, também é possível, como a imposição de um gravame por intermédio de uma reação sem a função de censura, como acontece, por exemplo, com as medidas de segurança. Nesse caso, todavia, a reação deve ser legitimada a partir de sua utilidade. Vinculada a uma acusação contra o autor, a necessidade intrínseca de justificação de um gravame apenas ocorre – em todo caso – quando este constitui uma pena.

4.2. Sentido e finalidade da pena

a) Retribuição

A polêmica referente ao sentido e à finalidade da pena só pode ser abordada em sentido contrário à fixação do "objeto da discussão", ou seja, sem distinguir entre sentido e finalidade. Nesse contexto, pretende-se determinar como o discurso social se associa tanto à instituição da pena quanto à punição no caso particular. Trata-se da autocompreensão da sociedade sobre o sentido da pena estatal. Esse é o contexto da discussão entre as "teorias da pena"

31. Para mais detalhes: Neumann, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?,em: C. Prittwitz/ Manoledakis (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*. 2000, p. 119, 123. Para Höffe, esta relação entre pena e retribuição é interpretada semanticamente (O.Höffe, Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen, em: A. Eser/W. Hassemer/B. Burkhardt (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 309, 312.

tradicionais, que não pode ser evitada por meio da decisão conceitual prévia a favor da retribuição como momento constitutivo da pena, especialmente porque esta decisão não implica em uma opção pela associação da teoria da retribuição como teoria apta a conferir sentido e a legitimar a pena. A teoria da retribuição considera como valor intrínseco da pena o seu momento institucional, que é normativamente neutro. A pena não é um gravame apenas conceitualmente e institucionalmente, como forma de reação a uma ação reprovável, mas também se legitima através desta conexão.

Porém, a legitimação da pena retributiva não resulta dessa relação conceitual-institucional entre retribuição e pena. Dito de outra forma: do fato de que a pena necessariamente seja retributiva não resulta que a pena deva existir. Enquanto se legitima a instituição da pena, os defensores da teoria retributiva devem argumentar normativamente. Eles precisam justificar que um mundo no qual se reage à violação de determinados interesses com a lesão de outros interesses específicos, per se, ou seja, independentemente de outras consequências sociais, é um mundo melhor do que aquele em que não é este o caso. Essa justificação não pode ser feita fora de uma concepção religiosa do mundo ou de modelos metafísicos.[32] A necessidade da pena tampouco pode ser justificada a partir de demandas de uma justiça terrena: a argumentação de que o autor deve ser punido, porque de outro modo se trataria o desigual com igualdade, pressupõe demonstrar não somente que o autor e o não autor são diferentes em relação a seus comportamentos reais, senão também que essa desigualdade justifica a necessidade de uma reação retributiva.[33]

Levada a sério a argumentação da teoria da retribuição, a instituição da pena é condição de possibilidade da convivência humana e fundamenta-se, nesse sentido, de maneira pragmático-transcendental.[34] Certamente é inimaginável uma sociedade sem a instituição da responsabilidade, bem como está correto que a punição constitui uma forma exemplar de encenação da responsabilidade. Entretanto, a tese da fundamentação pragmático-transcendental pressupõe algo mais: que a punição representa uma forma *irrenunciável* de atribuição da

32. Sobre a relação entre as teorias absolutas da pena com interpretações religiosas ou teológicas, ver: Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 4 Aufl. 1988, § 8 IV. 3.

33. Para uma crítica da "teoria da justiça" como modelo de legitimação da pena estatal: Neumann/Schroth, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, p. 15.

34. Esta argumentação está implícita em Höffe (nota 31).

responsabilidade. Esse é um pressuposto muito amplo, que precisaria ser justificado minuciosamente.

b) Prevenção

Do ponto de vista das chamadas *teorias relativas da pena*, a questão sobre as possíveis alternativas ao direito penal é primeiramente um problema de eficiência técnica. A abdicação da retribuição, de uma pena orientada ao fato passado, parece fácil desde a perspectiva de um direito penal preventivo orientado para o futuro, pois teorias preventivas tendem a marginalizar a relação de sentido entre fato e pena. Para a teoria da prevenção especial (v. Liszt) o fato é apenas o motivo da sanção penal, não seu fundamento. Consequentemente, a pena justa não é a pena adequada ao fato, senão a necessária à ressocialização.[35] Na teoria da prevenção geral negativa permanece a proporcionalidade entre fato e pena, mas a *relação de sentido* entre ambos é reduzida a uma *relação causal*, posta a serviço de uma *relação de finalidade* orientada para o futuro. A punição como confirmação da seriedade da ameaça penal (Feuerbach) significa: no futuro ações desse tipo continuam proibidas e, diante delas, deve-se reagir com a pena. Em todas as teorias que se estabelecem na intimidação, a proporcionalidade entre o fato e a pena é um elemento externo de limitação desta que atua em sentido oposto à finalidade da pena.

Para a intimidação individual de Franz v. Liszt, de imposição da pena no caso concreto, destacou-se reiteradamente uma crítica que vale também para as teorias de prevenção geral,[36] pois um direito penal esculpido conforme os critérios de eficiência da prevenção geral deveria estabelecer o grau de ameaça penal a partir da atração que o fato tem para o autor e não segundo a gravidade que a violação tem para os interesses juridicamente protegidos.[37] A relação da ameaça penal e da punição com a gravidade do fato punível marca um limite externo, não uma consequência interna do modelo de prevenção intimidadora.

Em razão dessa relação externa entre pena e fato punível, as funções preventivas do direito penal poderiam ser substituídas em princípio por um "direito de intervenção" orientado prospectivamente que controlaria as condutas através de mecanismos jurídicos de regulação alternativos. As possibilidades são inúmeras. Pode-se tratar de medidas educativas, medidas coercitivas po-

35. V. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), em: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 1, 1905, p. 126, 161.

36. Ver, por exemplo, Naucke, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982), p. 526.

37. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 1/29.

liciais, recompensas para comportamentos conforme o direito, impostos proibitivos ou exigências de altas compensações pelos danos. Os vários modelos alternativos podem ser reduzidos a três pontos de reflexão distintos.

Pode-se impedir a prática de delitos com medidas coercitivas contra os autores potenciais. Esse é o caso da abordagem policial, cuja instituição exemplar é a custódia de segurança (§ 64 StGB). Em parte, também se interpreta a execução da pena privativa de liberdade no sentido de uma medida de segurança.

Por outro lado, é possível influenciar o processo decisório do potencial autor por intermédio da ameaça de desvantagens ou por meio da concessão de vantagens. Ambas as estratégias são intercambiáveis. Pode-se premiar ou privilegiar fiscalmente a utilização de veículos com catalisador ou impor um imposto punitivo aos condutores de automóveis sem catalisador. À variante negativa dessa alternativa pertence tanto a imposição desse tipo de imposto punitivo quanto a ameaça por meio de demandas excessivas de reparação de danos.

A terceira abordagem referente às medidas de controle de comportamentos visa a influenciar disposições de conduta. Bastam aqui como palavras-chave os termos "educação" e "tratamento". Embora parcialmente essas medidas estejam integradas ao sistema de reações da justiça penal, atuam como medidas alternativas e não como sanções penais. Isso vale tanto para as medidas de segurança quanto para as medidas educativas e, (parcialmente), para as medidas de correção do direito "penal" juvenil. A inserção institucional dessas medidas nos mecanismos de reação da justiça penal não lhes confere o caráter de sanções penais.

Para as três abordagens vale o seguinte: todas essas medidas incrementam sua capacidade e eficiência quando são liberadas de sua conexão com o fato punível, pois podem adaptar-se melhor às necessidades do caso concreto. O rígido programa condicional do direito penal pode ser substituído por um programa dirigido à finalidade, que otimize as necessidades de controle. Da mesma forma, onde a intervenção resulta reativa, como acontece no direito compensador de danos, permanece uma margem relativamente ampla para configurar essa reação de acordo com critérios proveitosos de eficiência.

Após uma revisão das teorias tradicionais da pena, o balanço é encorajador em prol da busca de modelos alternativos ao direito penal. As teorias que almejam elevar ao sentido de finalidade da pena o momento retributivo institucional da pena, não parecem viáveis fora de concepções do mundo religiosas ou metafísicas. Para as teorias preventivas, destinadas a garantir os comportamentos conforme o direito, a orientação retributiva da pena é contraproducente. Ao ganho obtido no contexto do Estado de direito com o dimensionamento da pena a partir da medida do injusto culpável, se paga muito caro com a insistência em um dano disfuncional ao autor.

c) Função latente da pena

Esse balanço comporta o perigo de afetar não a capacidade preventiva da pena, mas as suas funções latentes. Parece duvidoso que funções da pena como estabilização da norma,[38] garantia de solidariedade social,[39] possibilidade legal de reconduzir a agressividade,[40] possam ser substituídas por outras medidas de intervenção estatal. Para a teoria psicanalítica, apenas a pena e não os seus substitutos pedagógicos ou policialescos oferecem aos membros da sociedade, por meio da execução, "a oportunidade de praticar uma ação sob a justificação da expiação do pecado".[41] Isso vale também para as teorias que mantém confirmação simbólica das normas sociais por intermédio do ato de imposição da pena, pois a ratificação da norma violada resulta na reação contra o ato praticado e não na prevenção de atos futuros. Para a teoria da prevenção geral positiva é central a relação de sentido entre fato e pena que deixa em suspenso os modelos genuinamente preventivos. Como confirmação da validade normativa, a pena é mais impressionante quanto menos ligada estivera funções instrumentais nos termos de fatos delitivos futuros. Consequentemente, por isso Jakobs confere ao aspecto da luta contra a criminalidade somente um lugar marginal na teoria da estabilização normativa.[42] Cada orientação à finalidade da pena fragiliza sua força simbólica. A "ceia cristã" sem dúvida teria perdido todo o seu vigor simbólico se tivesse como finalidade explícita acalmar a fome e a sede dos participantes.

Essa relação poderia esclarecer a proximidade inicialmente surpreendente que existe entre determinadas modalidades da teoria da prevenção geral positiva com as tradicionais teorias absolutas da pena.[43] Se uma dessas teorias podem invocar (Jakobs) ao mesmo tempo Luhmann e Hegel, então isso indica que retribuição e estabilização normativa são tão somente duas faces da mesma moeda. Mais precisamente: o que no âmbito da análise sociológica da função da pena se identifica com estabilização normativa, aparece no contexto de atribuição social de sentido como retribuição. E é no plano da atribuição social de sentido das finalidades latentes da pena – que se passa por trás das costas

38. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 1/4.
39. Durkheim, *De la division du travail social*, 1893.
40. Freud, *Totem und Tabu* (nota 30). p.361.
41. Freud (conforme nota 40).
42. Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 1/11, 1/16.
43. Ver: Müller-Tuckfeld, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998, p. 45.

dos membros da sociedade e não pode ser tematizada[44] – que surge a estabilização normativa necessariamente como uma finalidade da pena. O momento retributivo que pertence ao conceito e à instituição da pena resulta necessário no contexto da análise sociológica da pena como elemento de reconstrução do mecanismo de estabilização da norma. A teoria da retribuição corresponde ao marco de compreensão social das finalidades da pena.

Trata-se naturalmente de uma relação prejudicial para a teoria da estabilização normativa. Essa correlação com uma teoria absoluta da pena fortalece a suspeita de que no modelo de estabilização da norma através da pena existe uma base psicológico-social que deveria ser evitada em uma sociedade esclarecida. Entretanto, permanece em aberto a questão sobre em que medida os mecanismos sociais de estabilização normativa por meio da pena são suscetíveis de uma crítica ideológica, já que até os sociológicos se mostram discretos ao pronunciarem-se a respeito.[45] Em qualquer caso, seria uma ilusão acreditar que mecanismos de compreensão social, que durante um longo tempo atuavam em harmonia, pudessem se tornar obsoletos mediante a mera difusão de pontos de vista jurídicos ou sociológicos. Enquanto não for possível explicar de modo convincente quais instituições poderiam cumprir a função de estabilização da norma no lugar da pena, não há alternativas fundamentais à instituição da pena.

5. LIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL

A questão acerca das alternativas ao direito penal não pode ser respondida de modo geral, mas deve ser atacada a partir de campos específicos. Se a função da pena não pode ser reduzida a um denominador comum em todas as áreas

44. Sobre esta questão, conferir os já citados: Neumann/Schroth, (Nota 33) p. 122; igualmente, Bock, Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, *ZStW* 103 (1991),p. 636, 652. Permanece duvidoso que objeções à teoria da estabilização normativa (ver Bock, conforme citação anterior) possam derivar da necessária diferenciação das funções latentes e manifestas que surgem da análise sociológica da função da pena e da compreensão que a sociedade possui a respeito das finalidades da pena. Conferir a respeito: Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken, ZStW107 (1995), p. 843, 867; também: Karamagiolis, *Die Struktur eines folgenorientierten Schuldprinzips*:eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und Prävention, 2002.

45. Gertrud Nunner-Winkler, Wider das "Abschaffen des Strafens", em: K. Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. IV (Legalbewährung und Ich-Struktur)*,1998, p. 83; crítico a respeito: D. Fabricius, Einleitung, supra, p. 7, 25.

do direito e da vida, menos ainda pode ser julgada *in toto* a sua substituição. Desde a perspectiva de uma teoria da prevenção geral positiva (estabilização normativa), o campo de domínio do direito penal pode ser reduzido a um núcleo essencial no qual realmente o crime abala a confiança normativa. É o caso dos tipos clássicos contra a propriedade e o patrimônio, o que não acontece, em contrapartida, nos tipos penais que possuem como interesse tutelado a efetividade da administração da justiça penal, como ocorre na Alemanha com o tipo de lavagem de dinheiro (§261, StGB). Uma teoria da pena orientada à estabilização normativa não trata de impedir delitos futuros, mas sua finalidade é garantir expectativas de comportamento relevantes. Ela encontra-se, com isso, em abordagens que determinam a área de competência legítima do direito penal por meio do critério de lesão às "bases de confiança mútua".[46] Com relação ao âmbito do que hoje realmente se ocupam as leis penais, ela abre extensas possibilidades de descriminalização.

As possibilidades de redução da punibilidade procedem também do âmbito das consequências jurídicas, pois o desempenho comunicativo da sanção como declaração da violação da norma não depende necessariamente de estar vinculado a um ataque a bens jurídicos do autor. A teoria da prevenção geral positiva permite por isso um amplo espaço para a suspensão da execução da pena, para institutos como a advertência com a suspensão da pena imposta na sentença (§ 59 StGB) e mecanismos "socioconstrutivos" de resolução do conflito, como a mediação entre autor e vítima. Ao contrário, na repressão de delitos graves a pena como um ato comunicativo não poderia ser limitada explicitamente e fundamentalmente,[47] pois o grau da "reprimenda"[48] é regulado com base na medida da sanção. Uma simples desaprovação em casos de estupro ou lesões corporais graves seria percebida pela vítima como uma ofensa.

Com efeito, a qualidade e a intensidade que formam a pena que corresponde a um determinado injusto não possuem nenhuma constante antropológica. Uma pena resulta adequada ou não a um fato apenas em relação a um sistema de coordenadas que está sujeito a mudanças históricas. Se como consequência

46. M. Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 30.

47. De acordo, Tatjana Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 124.

48. Fundamental sobre a distinção entre, de um lado, a função expressiva da pena (censura) e, de outro, a pena como imposição de um mal, assim como da conexão destes momentos: A. v. Hirsch, *Censure and Sanctions*, 1993; conferir ainda: Hörnle/v. Hirsch, Positive Generalprävention und Tadel, *GA*1995, p. 261; v. Hirsch, Tadel und Prävention: Die Übelzufügung als Element der Strafe, em: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 101; o mesmo: *Die Existenz der Institution Strafe*: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung, in diesem Band, p. 57.

de uma mitigação congruente das sanções penais[49] esse sistema se desloca, baixa-se o nível das penas correspondentes a cada fato. Isso possibilita ao mesmo tempo um deslocamento da fronteira entre as sanções penais e as administrativas, que também tem um caráter retributivo, embora exteriorizem uma menor reprovação ético-social.[50] Simultaneamente, amplia-se a margem para reações que atendem *unicamente* a fins preventivos, especialmente preventivo-especiais.

6. REFERÊNCIAS

ALBRECHT, *Die vergessene Freiheit*. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, 2003.

BAUMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht*. Argumente für ein tatbezogenes Massnahmenrecht, 1987.

BOCK, Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, *ZStW* 103, 1991.

BRAUNS, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftatdurch den Täter*, 1996.

CHRISTIE, Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, 17, 1977.

DALMAS-MARTY (Hrsg.). *Corpus Juris der strufrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Inreressen der Europäischen Union*,1998.

DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1893.

EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, 2004.

FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1987.

FREUD, *Totem und Tabu*, Studienausgabe, Bd. 9, 2000.

HASSEMER; REEMTSMA, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, 2002.

HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2. Aufl. 1996.

HIRSCH, *Censure and Sanctions*, 1993.

_____. Tadel und Prävention: Die Übelzufügung als Element der Strafe, in: SCHÜNEMANN/V. HIRSCH/JAREBORG (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, 1998.

HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, 1999.

_____. Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen. In: ESER/ HASSEMER/ BURKHARDT (Hrsg.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000.

HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999.

49. Sobre esse desenvolvimento – prognosticando e descrevendo – C. Roxin, Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert, em: E.W. Plywaczewski (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok 1998, p. 443.

50. Conferir Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl.1996, p. 59.

HÖRNLE; v. HIRSCH, Positive Generalprävention und Tadel, *GA*, 1995.

JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner*: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

_____. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken, *ZStW* 107, 1995.

JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 4 Aufl. 1988.

JESCHECK; WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996.

JUNG, Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts, *Juristische Schulung*, 2000.

_____. *Täter-Opfer-Ausgleich. Anmerkungenzu seiner Bedeutung für das Rechtssystem*, MschrKrim, 1993.

_____. Über den schwierigen Spagat zwischen Täter und Opfer, *JZ*, 2003.

KAIAFA-GBANDI, Das Corpus Juris und die Typisierung des Strafphänomens im Bereich der Europäischen Union, in: HUBER (Hrsg.), *Das Corpus Juris als kritische Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, 2000.

KAISER, *Kriminologie*, 9. Aufl. 1993.

KARAMAGIOLIS, *Die Struktur eines folgenorientierten Schuldprinzips*: eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und Prävention, 2002.

KILCHLING, Diskussionsbericht, *ZStW* 111, 1999.

KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997.

LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), in: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 1, 1905.

LÜDERSSEN, *Die Krise des* öffentlichen *Strsafanspruchs*, 1989.

_____. *Abschaffen des Strafens?*, 1995.

MATHIESEN, *The Politics of Abolition*. Oslo, 1974.

MEIER, Konstruktive Tatverarbeitung im Strafrecht – Bestandsaufnahme und Reformperspektiven, *GA*, 1999.

MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998.

NAUCKE, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, *Kritische Vierteljahresschrift*, 1993.

_____. Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, *ZStW* 94, 1982.

NUNNER-WINKLER, Wider das "Abschaffen des Strafens", in: LÜDERSSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegendas Böse?, Bd. IV (Legalbewährung und Ich-Struktur)*, 1998.

NEUMANN, *Das Corpus Juris im Streit um ein Europäisches Strafrecht*. In: HUBER (Hrsg.), *Das Corpus Juris als kritische Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, 2000.

_____. Die Stellung des Opfers im Strafrecht. In: HASSEMER (Hrsg.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, 1987.

_____. Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?. In: PRITTWITZ; MANOLEDAKIS (Hrsg.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, 2000.

NEUMANN, Ulfrid; SCHROTH, Ulrich. *Neue Theorien von Kriminalität und Strafe*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980.

PFEIFFER (Hrsg.), *Täter-Opfer-Ausgleich im Allgemeinen Strafrecht*, 1997.

PLACK, *Plädoyerfür die Abschaffung des Strafrechts*, 1974.

PRITTWITZ, Positive Generalprävention und "Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters"?, *KritV Sonderheft Winfried Hassemer zum 60. Geburtstag*, 2000.

RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1932. In: Gustav Radbruch-Gesamtausgabe, Bd. 2, 1993.

REEMTSMA, *Im Keller*, 2 *Aufl.* 1997.

ROXIN, Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert, in: PLYWACZEWSKI (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok, 1998.

SCHEERER, *Die abolitionistische Perspektive*, KrimJ 16, 1984.

SCHILD, Täter-Opfer-Ausgleich als Strafen. In: SCHLÜCHTER (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Geerds zum* 70. Geburtstag, 1996.

SCHULZ, Rechtliche Alternativen zum Strafrecht. In: REICHERTZ (Hrsg.), *Die Wirklichkeit des Rechts*, 1998.

SILVA SÁNCHEZ. *Die Expansion des Strafrechts*, 2003.

WALTHER, *Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt*. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensysterns, 2000.

_____. Was soll "Strafe"?, *ZStW* 111 (1999).

WILLOWEIT (Hrsg.), *Die Entstehung des* öffentlichen *Strafrechts*, 1999.

ZAPATERO; NEUMANN; MARTÍN. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo*, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do direito penal, de Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves – *RCP* 5/284-304, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/727-752 (DTR\2006\396); e
- Direito penal e direitos humanos: uma história de paradigmas e paradoxos, de Marcelo Semer – *RBCCrim* 69/95-128, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 1/713-740 (DTR\2007\919).

Processo e catástrofe: a racionalidade do processo penal moderno a partir da filosofia da história de Walter Benjamin

Process and catastrophe: the rationality of the criminal procedure on the basis of Walter Benjamin´s philosophy of history

Raphael Boldt

Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Pesquisador Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES). Advogado.
raphaelboldt@hotmail.com

João Maurício Adeodato

Pós-Doutorado e Professor Convidado pela Fundação Alexander Von Humboldt, Alemanha. Doutor, Mestre e Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e da Faculdade de Direito de Vitória. Pesquisador 1 A do CNPq.
jmadeodato@gmail.com

Recebido em: 19.12.2015
Aprovado em: 05.05.2016
Última versão autores: 20.05.2016

Área do Direito: Constitucional; Penal; Processual

Resumo: Em detrimento da reafirmação da dignidade da pessoa humana e da concretização dos direitos e garantias fundamentais, fontes de emancipação elaboradas pelo imaginário jurídico moderno, o processo penal, condicionado pela ideologia do progresso subjacente à civilização capitalista-industrial tende a contrariar suas promessas, atuando como instrumento (re) produtor de uma realidade que, do ponto de vista dos vencidos, pode ser configurada como catastrófica. Assim, a partir de uma perspectiva crítica e realista, a pesquisa assume a hipótese de que a racionalidade subjacente ao processo penal da

Abstract: At the expense of human dignity reaffirmation and fundamental rights effectiveness, emancipation sources elaborated by modern legal imaginary, criminal proceedings, conditioned by the progress ideology of capitalist-industrial civilization tends to contradict his promises, acting as a (re)producer instrument of a reality that, from the point of view of the victims, can be configured as catastrophic. Thus, from a critical and realistic perspective, the research takes the assumption that the rationality behind the modern criminal proceedings is compatible with their political and philosophical foundations,

modernidade é compatível com os seus fundamentos politico-filosóficos, atuando como instrumento de produção de sofrimentos adicionais tanto ao autor quanto à vítima da infração penal, sobretudo no atual contexto periférico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penal - Racionalidade - Catástrofe - Filosofia da História - Walter Benjamin.

acting as a mechanism that produces additional sufferings both the author and the victim of the criminal offense, particularly in the current peripheral Brazilian context.

KEYWORDS: Criminal system - Rationality - Catastrophe - Philosophy of history - Walter Benjamin.

SUMÁRIO: 1. Introdução: o sistema penal e o anjo da história - 2. A razão punitiva e os fundamentos político-filosóficos do processo penal moderno - 3. Justiça penal sobre ruínas: o caráter catastrófico da racionalidade processual - 4. Em busca de um novo relato: a história contada a partir dos vencidos - 5. Considerações Finais - 6. Referências bibliográficas.

"A catástrofe é o progresso, o progresso é a catástrofe. A catástrofe é o contínuo da história".[1]

1. INTRODUÇÃO: O SISTEMA PENAL E O ANJO DA HISTÓRIA

Formado[2] pelo "conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção",[3] historicamente, segundo o discurso oficial, o sistema penal tem sido apresentado como meio eficaz para a resolução dos mais complexos problemas sociais. Um sistema forjado a partir da consolidação do projeto político da modernidade, no qual se insere também o discurso das ciências criminais, cujo principal objetivo encontra-se na "busca da felicidade através da negação da barbárie e da afirmação

1. BENJAMIN, Walter. *Anmerkungen zu Seite 691-704*. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. *Gesammelte Schriften*: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.3. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
2. Este artigo é resultado de projeto coordenado pelo Prof. Dr. João Maurício Adeodato e desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa KAOS, vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).
3. ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 60.

da civilização".[4] Eis aí uma narrativa quase universal, a ponto de se tornar o espelho da realidade,[5] não só diluída e simplificada para o senso comum popular, como também filosofia dominante nas concepções teóricas dos penalistas e na prática do direito penal ocidental. Esse sistema estabelece assim um relato vitorioso sobre o direito penal que passa a constituir discursivamente esse mesmo direito.

A partir dessa descrição, a maioria dos processualistas – mesmo aqueles teoricamente mais sofisticados – continua vinculada a velhos dogmas das ciências criminais e se opõe a inovações no campo da resolução de conflitos. Apesar de reconhecerem a inegável crise do sistema punitivo, continuam a defender a intervenção estatal por intermédio do processo e da pena como única alternativa racional e legítima para a solução ou administração dos conflitos criminalizados. Essa construção tipicamente moderna indica uma maneira específica de compreender o conflito, a violência e as funções do processo, além de explicitar uma determinada forma de racionalidade que modela o sistema de justiça criminal, pautada na equação crime-processo-pena, fórmula universalizada no Ocidente. Concebida para uma realidade assaz diferente, mostra-se insuficiente e inadequada para o tratamento dos conflitos na sociedade hipercomplexa e persiste até hoje no conservadorismo acrítico da teoria e da prática penal dominantes.

Com a incorporação da filosofia política iluminista às ciências criminais modernas e a elaboração dos princípios fundamentais do direito punir, supostamente associados a um sistema penal esclarecido, justo, pretendia-se não apenas legitimar o exercício do poder punitivo, mas o próprio Estado moderno, responsável por organizar racionalmente a administração pública e definir o perfil do direito e do processo penal. Na esteira do contratualismo, as palavras de Beccaria:[6]

> Foi, portanto, a necessidade que impeliu os homens a ceder parte da própria liberdade. É certo que cada um só quer colocar no repositório público a mínima porção possível (...). O agregado dessas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir. O resto é abuso e não justiça, é fato, mas não direito.

4. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 2.
5. RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
6. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 29.

Embora existam inúmeros modelos de justificação para o sistema penal, historicamente articulados por intermédio de diferentes discursos, a modernidade inaugura uma nova fase no âmbito do controle social e cria novas expectativas quanto à gestão do crime, estabelecendo um novo marco no projeto civilizatório no sentido de maior felicidade e bem-estar social.

A máxima felicidade deveria ser dividida pelo maior número possível de pessoas[7] e tal expectativa também se projetou no campo jurídico-penal, no qual o crime, vinculado à violência e ao bárbaro (*homo criminalis*) que se opunha à cultura, deveria ser extirpado por meio das técnicas dogmáticas do direito e do processo penal, embasadas em um processo de racionalização que, de acordo com Weber,[8] partiu do plano da técnica e da economia, mas inegavelmente condicionou parcela importante dos "ideais de vida" da moderna sociedade burguesa.

Se a história do direito (e neste caso, também a do processo) tem sido considerada, frequentemente, uma luta infalível contra a irracionalidade, torna-se fundamental refletir sobre alguns questionamentos apresentados por Minor Salas:[9] o que significa racionalidade no direito processual penal? Quão "racional" são os discursos da ciência processual penal? Ora, se na sociedade moderna o sistema de justiça penal deveria conter, desde a sua gênese, um tratamento condizente com a própria condição do homem como ser racional, livre e igual, parece nítido que "o sistema punitivo surge como importante campo político e burocrático de gestão da miséria e de exclusão pública",[10] contrariando, assim, as suas próprias promessas.

Diante desse quadro interpretativo, o trabalho se desenvolve a partir das seguintes questões: que tipo de racionalidade permeia o processo penal moderno e qual o papel desempenhado por este paradigma no plano teórico-discursivo da filosofia do progresso subjacente à civilização capitalista-industrial? De que forma o pensamento e, sobretudo, a concepção da história de Walter Benjamin pode contribuir para a implementação de um modelo de administração de conflitos no campo penal que seja capaz de efetivar os direitos e garantias fundamentais?

---

7. BECCARIA, Cesare. Op. Cit. p. 23.
8. WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 67.
9. SALAS, Minor E. *Rechtstheoretische Grundlageneiner (realistischen) Theorie des Strafverfahrens*. München: Verlag C.H. Beck München, 2005. p. 63.
10. CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento*: controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 15.

A despeito das conquistas do processo penal da modernidade, trata-se, portanto, de uma tentativa de situar uma "crítica à razão punitiva",[11] em clara conexão com a racionalidade instrumental moderna, produtora de violência e destruição. Assume-se, assim, a hipótese de que a racionalidade subjacente ao processo penal da modernidade é compatível com os seus fundamentos politico-filosóficos, sobretudo com a ideia de verdade que, segundo Beulke,[12] é um autêntico princípio orientador do processo. Observe-se que o corolário da ideia de verdade única no campo da epistemologia passa a ser o de justiça única no campo da ética, o discurso de que um só relato é superior aos demais. A nosso ver, na prática o processo revela a sua feição autoritária e apresenta-se contrariamente às funções declaradas pelo discurso hegemônico, atuando como instrumento de produção de sofrimentos adicionais tanto ao autor quanto à vítima da infração penal, sobretudo no atual contexto brasileiro e periférico, onde os eventos que envolvem o sistema penal podem ser compreendidos, à luz da filosofia da história de Benjamin, como expressão da catástrofe inerente ao progresso técnico e econômico.

Apesar da "importância da modernidade na superação de estruturas arcaicas de servidão",[13] o cenário atual nos remete a Benjamin e ao *"Angelus Novus"*, ilustração de Paul Klee, afinal, ao olhar para trás, ao contemplar a história do sistema penal, o anjo da história não enxerga uma cadeia de eventos, "mas uma única catástrofe, que sem cessar amontoa escombros sobre escombros e os arremessa a seus pés (...). O que nós chamamos de progresso é essa catástrofe".[14]

11. SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001.

12. *"Die Ziele des Strafverfahrens sind komplexer Natur"*. (...) *"Wahrheit und Gerrechtigkeit werden dadurch zu Leitprinzipien des Verfarehnsrechts"*. Os objetivos do processo penal são de natureza complexa. (...) Por isso verdade e justiça tornam-se os princípios orientadores do direito processual. BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 2012. No mesmo sentido, Kindhäuser afirma que o processo penal é o instrumento para a superação do conflito penal e, como tal, assenta-se em três objetivos primordiais: verdade, justiça e estabilidade do direito. KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2006. p. 31-32.

13. SOUZA, Ricardo Timm de. *Em torno à diferença*: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49.

14. BENJAMIN, Walter. Über *den Begriff der Geschichte*. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. GesammelteSchriften: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt amMain: Suhrkamp, 1991. p. 697-698.

2. A RAZÃO PUNITIVA E OS FUNDAMENTOS POLÍTICO-FILOSÓFICOS DO PROCESSO PENAL MODERNO

Reconhecer a vinculação do processo penal com o sistema político constituído e, portanto, com o sistema penal, é condição, segundo a doutrina processual mais sofisticada, para a construção de "uma teoria apropriada à democratização do sistema de justiça criminal".[15]

A pretensão de humanização do sistema penal e, no caso específico, do processo penal, tem sido objeto de inúmeras discussões, presentes em obras importantes como *Dos delitos e das penas*, de Beccaria,[16] e *Direito e Razão*, de Ferrajoli.[17] Apesar dos avanços obtidos a partir do ideário iluminista e da consequente tentativa de impor limites racionais ao poder punitivo estatal, a realidade de países como o Brasil revela as limitações do discurso humanizador, formulado com base no "paradigma racionalista das ciências criminais forjado no alvorecer da Modernidade".[18] A busca por fundamentos teóricos capazes de (re)legitimar o sistema penal evidencia uma visão romântica do poder, a permanência do que Salo de Carvalho[19] descreve como "ilusão do bom poder punitivo", a despeito do aparente objetivo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais e minimização das violências arbitrárias provocadas pelo Estado.

Assim, a incapacidade de compreender o mundo sem a pena está intimamente ligada à racionalidade penal moderna, tendo em vista que esta fundamenta a punição como uma necessidade, independentemente das transformações experimentadas no plano discursivo desde o período dos reformadores. A afirmação de que a sanção penal deve necessariamente existir (*Strafe muss sein*) sugere a dificuldade de se configurar alternativas ao sistema penal e reforça a ideia de que a racionalidade penal moderna constitui um obstáculo epistemológico à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade e de outra estrutura normativa.[20]

---

15. CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 20.
16. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1999.
17. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997.
18. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 114.
19. CARVALHO, Salo de. Op. Cit. p. 119.
20. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo: CEBRAP, n. 68, 2004.

Apesar das dificuldades para estabelecer uma definição satisfatória acerca da modernidade, uma vez que "o conceito de modernidade é muito amplo e pode ser aplicado a vários setores do conhecimento e da atividade humana",[21] como, por exemplo, à arte e à literatura, considera-se aqui como moderna uma determinada forma de racionalidade construída no ocidente a partir da segunda metade do século XVIII, condicionada pela racionalidade instrumental que Weber atrelou ao "processo de desencantamento ocorrido na Europa que, ao destruir as imagens religiosas do mundo, criou uma cultura profana".[22]

O humanismo e o racionalismo iluministas, que nortearam as reformas da cultura medieval e das técnicas processuais, modelaram profundamente "as fontes imaginárias de um novo saber sobre o crime, o criminoso e a pena, agora pretensamente guiado pela razão e pela ciência",[23] mas não foram suficientes para romper totalmente com o sistema inquisitório, preservando, sob a forma de um inquisitorialismo revitalizado,[24] os fundamentos de um sistema marcado pela tetralogia dos valores morais que sustentam as ciências criminais: a bondade (valor penal), a beleza (valor criminológico), a verdade (valor processual) e a justiça (valor jurídico). A busca pela verdade, obstáculo epistemológico à existência de um autêntico sistema acusatório,[25] não só funda o processo desde o inquérito – forma de exercício do poder que, por meio do judiciário, se tornou um instrumento de autenticação da verdade[26] – mas continua a atuar como um guia para os atores processuais, justificando a ampliação dos horizontes punitivos e práticas completamente arbitrárias.

21. ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 197.
22. HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3.
23. CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento*: controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 90.
24. A exigência de eliminação da tortura no processo penal era parte fundamental da teoria penal do Iluminismo que tinha como ponto central colocar em questão todo o processo inquisitivo. VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Springer-Verlag: Berlin, Heidelberg, 2009. p. 31.
25. Analisamos mais detidamente esse obstáculo epistemológico em outro texto, no qual discutimos os fundamentos teológicos do processo penal moderno. A respeito, conferir: BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 115, jul.-ago., p. 141-165, 2015.
26. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

Aparentemente paradoxal, acreditamos na existência de uma clara simbiose entre a verdade e a razão punitiva que norteia a justiça criminal; afinal, destaca Weber,[27] "o direito canônico veio a ser, para o direito profano, quase que um guia no caminho à racionalidade". Essa conexão entre verdade, razão e justiça conforma as práticas processuais desde a Idade Média até os dias de hoje, uma vez que o intenso desenvolvimento racional demonstrado pelo direito canônico e seu procedimento de averiguação dos fatos propiciou a elaboração das técnicas de inquérito que moldaram, por seu turno, o processo penal da modernidade; nas palavras de Beccaria,[28] "é, pois, necessário que um terceiro julgue a verdade do fato. Daí, a necessidade do magistrado, cujas sentenças sejam inapeláveis e consistam, tão só, em afirmações ou negações de fatos particulares".

Paralelamente a isso, com a dissolução da ordem feudal, a supressão do antigo sistema que regulamentava os conflitos, regido pela luta e pela transação entre os indivíduos, e a ascensão do Estado moderno, racional (uma criação tipicamente ocidental), verifica-se a substituição da noção de dano pela de infração e a sua instrumentalização conforme os interesses da burguesia, erigida então à condição de classe dirigente. Concebido como uma "empresa", uma fábrica, o Estado moderno – para Weber[29] "o único em que pode florescer o capitalismo moderno" – se arvorou, por meio das formulações de seus teóricos políticos, na condição de detentor exclusivo do monopólio da violência legítima e transformou o sistema penal em uma extensão eficiente e racional do empreendimento capitalista.

A colonização exercida pelo sistema penal sobre a nossa percepção faz parecer "natural" a estrutura normativa escolhida e obsta qualquer reforma significativa do atual modelo de gestão de conflitos. Como resultado da consolidação dessa espécie de racionalidade que Scheerer[30] chama de "razão punitiva" (*strafende Vernunft*), Pires[31] aponta, por exemplo, a construção paradoxal das rela-

27. WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 115.

28. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 31.

29. WEBER, Max. Op. Cit. p. 518.

30. SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001.

31. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo: CEBRAP, n. 68, 2004. p. 46.

ções entre direito penal e direitos humanos, ou seja, ao mesmo tempo em que o recrudescimento penal é compreendido como meio de eliminar a violência (uma das promessas da modernidade) e tutelar os direitos humanos, ele degrada os direitos que deveria afirmar. Esse conflito é supostamente resolvido pela própria racionalidade penal, ao pensar separadamente os conceitos de justiça e humanismo, de forma que para "ser justo" não é necessário "ser humano".[32]

Sob os umbrais do processo civilizador e orientada pela racionalidade instrumental moderna que se caracteriza pela relação de meios adequados para fins desejados, a razão punitiva propaga a inevitabilidade do direito penal, o mito da universalidade da pena[33] e produz violência, negando, assim, a alteridade humana.

A crença no potencial emancipatório da razão (neste caso, razão punitiva) e a perspectiva otimista para com a ciência e a modernidade estimularam o avanço da técnica e, no campo penal, engendraram a produção de novos mecanismos de intervenção penal, universalizados e legitimados por meio dos discursos que visavam à felicidade humana e à pacificação social. O incremento dos rituais de exercício de poder do sistema penal encontra-se, contraditoriamente, associado ao apelo à razão em nome da liberdade, bem como à ilusão das ciências criminais de encontrar métodos de melhoramento da humanidade, sobretudo por intermédio do castigo, um intento que, de acordo com Salo de Carvalho,[34] afigura-se como o mais audacioso dos projetos apresentados pelo pensamento científico penalógico: "dominar a natureza humana, controlando sua agressividade e suas paixões, para conquistar condição social de convívio pacífico, sem violência, sem delitos".

Conforme ensina Luhmann,[35] a violência é um dado da natureza humana, ineludível, precisa ser controlada, legitimada pelo subsistema jurídico, que a qualifica e assim a enfraquece.

A nosso ver, a proposta moderna de emancipação racional do homem não se cumpriu. Em vez disso, mais apropriado do que pensar na conversão do progresso em regressão, como sugerem as reflexões da Escola de Frankfurt, é compreender a barbárie promovida no século XX – por exemplo, a instrumen-

32. PIRES, Álvaro. Op. Cit.

33. SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Hamburg: Lucius, n. 12, p. 69-83, 2001. p. 71.

34. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 166.

35. LUHMANN, Niklas. *Macht*. Stuttgart: Enke, 1988.

talização da ciência em favor da guerra e do genocídio, a devastação ambiental e a destruição de culturas milenares – como uma espécie de "barbárie civilizada"[36] manifestação plena de um lado sinistro do processo civilizador e da monopolização estatal da violência.

Ao desprezar a tradição e os costumes em prol da razão e do progresso, o homem civilizado, protagonista da narrativa iluminista, descobriu que "o poder é o princípio de todas as relações"[37] e fez da ciência e das suas aplicações "dóceis instrumentos nas mãos de um poder inescrupuloso".[38] Em detrimento da reafirmação da dignidade da pessoa humana e da concretização dos direitos e garantias fundamentais, fontes de emancipação elaboradas pelo imaginário jurídico moderno, o processo penal, condicionado pela ideologia do progresso subjacente à civilização capitalista-industrial – da qual o próprio paradigma processual é um produto de grande "sucesso", alçado à categoria de modelo universal de resolução de conflitos – tem contrariado as suas promessas, atuando como instrumento (re)produtor de uma realidade que, do ponto de vista dos vencidos, pode ser configurada como catastrófica, categoria que Benjamin compreende como constitutiva do progresso: "a catástrofe é o progresso, o progresso é a catástrofe. A catástrofe é o contínuo da história".[39]

3. JUSTIÇA PENAL SOBRE RUÍNAS: O CARÁTER CATASTRÓFICO DA RACIONALIDADE PROCESSUAL

A análise da racionalidade do processo penal moderno justifica-se especialmente diante da atual necessidade de repensar o processo e suas funções para além de uma determinada forma de racionalidade que serve de suporte para o discurso hegemônico da moderna teoria processual penal. Um discurso pautado em acordos precários da linguagem e em promessas frequentemente

36. LÖWY, Michael. Barbárie e modernidade no século XX. *Revista Herramienta*, n. 22, mar. 2003. Disponível em: [www.herramienta.com.ar/revista-impresa/revista-herramienta-n-22]. Acesso em: 05.11.2015.

37. HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 24.

38. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 133.

39. "*Die Katastrophe ist der Fortschritt, der Fortschritt ist die Katastrophe*". *BENJAMIN, Walter. Anmerkungenzu Seite 691-704*. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.3. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

descumpridas, mas extremamente eficientes na criação de "ilusões altamente funcionais".[40]

As funções declaradas do sistema de justiça criminal são legitimadas pelo discurso oficial das teorias jurídico-penais, como acontece, por exemplo, por meio de todo o arcabouço teórico referente às teorias do crime, da pena e do processo, nas exigências iluministas de *secularização*, *racionalização*, *individualização* e, principalmente, *humanização* de todos os setores da vida.[41] Adotadas como critério de racionalidade construído com base na lei penal vigente, tais teorias sustentam os pilares de uma "realidade", na qual o sistema penal realiza a função de proteger a sociedade, garantir uma ordem social justa e promover o bem comum. A constituição da realidade a partir da linguagem permite, com isso, que prisões preventivas sejam impostas para garantir a ordem pública, sanções penais sejam aplicadas com o intuito de ressocializar indivíduos perigosos, sentenças criminais declarem a verdade e o processo penal solucione conflitos, restabelecendo, ao final, a ordem e a paz abaladas por um conflito social criminalizado.

Não se pode negar o sucesso da comunicação estabelecida a partir da "linguagem penal", afinal, bem-sucedida é a comunicação "que consegue mais adesão do ambiente social intersubjetivo".[42] Ora, como refutar o discurso do sistema penal no país com a terceira maior população carcerária do mundo, no qual quase todo conflito social é transformado em questão criminal e o processo penal e a pena são apresentados como modelos universais de gestão desses mesmos conflitos? A hermenêutica vencedora no Brasil constitui a "realidade" da justiça criminal, onde o relato que prevalece não percebe "o formidável potencial de violência acumulado pelo Estado"[43] e associa a barbárie ao "Outro", àqueles "que jazem sob as rodas desses carros majestosos e magníficos chamados Civilização ou Progresso".[44]

40. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 17.

41. VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Springer-Verlag: Berlin, Heidelberg, 2009. p. 28.

42. ADEODATO, João Maurício. Op. Cit. p. 153.

43. LÖWY, Michael. Barbárie e modernidade no século XX. *Revista Herramienta*, n. 22, mar. 2003. Disponível em: [www.herramienta.com.ar/revista-impresa/revista-herramienta-n-22]. Acesso em: 05.11.2015.

44. LÖWY, Michael. A filosofia da história de Walter Benjamin. *Estudos Avançados*, v. 16, n. 45, São Paulo, mai.-ago. p. 203, 2002.

Neste ponto é inegável a relevância da filosofia da história de Benjamin e das construções provenientes da Teoria Crítica, tendo em vista que Adorno e Horkheimer estabeleceram como principal alvo de sua célebre obra *Dialética do Esclarecimento* toda a tradição iluminista e o processo de desmistificação supostamente libertário que Max Weber chamara de *die Entzauberung der Welt*, o desencantamento do mundo,[45] responsáveis por levar os Estados civilizados à barbárie organizada[46] que sempre esteve presente como potencial na estrutura fundamental da civilização humana.[47]

Para Adorno e Horkheimer[48] a modernidade apenas aprofundou as raízes do iluminismo, firmadas desde a antiguidade. Esse aprofundamento engendrou a razão instrumental e tornou o homem descrente dos mitos tradicionais, levando-o ao mito da ciência moderna, num autêntico processo de deificação da ciência que, segundo Löwy,[49] culminou numa barbárie tipicamente moderna, ou seja, que não se identifica com uma "regressão" a um passado tribal, primitivo, mas que alçou um nível qualitativamente superior do ponto de vista do seu *ethos*, da sua ideologia, dos seus meios, da sua estrutura. Em meio à catástrofe que constitui o progresso técnico e industrial, encontra-se o Estado – o maior assassino da história[50] – e o sistema penal, produto genuíno da cultura racional burocrática e da modernidade.

Isso levanta duros protestos de Nietzsche, especificamente contra a pretensão de o Estado representar algo como um "povo": "Estado chama-se o mais

45. JAY, Martin. *A imaginação dialética*: história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais (1923-1950). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p. 324.

46. Embora para Franz Neumann o nacional-socialismo fosse um não-Estado, um caos, um império de desordem e anarquia. JAY, Martin. *A imaginação dialética*: história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais (1923-1950). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p. 219.

47. BOGNER, Artur. *Zivilisation und Rationalisierung*: Die Zivilisationstheorien Max Webers, Norbert Elias' und der Frankfurter Schule im Vergleich. Opladen: Westdeutsche Verlag, 1989.

48. HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p. 66.

49. LÖWY, Michael. Barbárie e modernidade no século XX. Op. Cit.

50. SCHEERER, Sebastian. A função social do direito penal. Trad. Raphael Boldt. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo: ITEC/Síntese, n. 59, out.-dez., p. 09-23, 2015.

frio de todos os monstros frios. Friamente também ele mente; e essa mentira rasteja de sua boca: 'Eu, o Estado, sou o povo'".[51]

Não obstante sua heterogeneidade teórica e o panorama histórico distinto da filosofia esboçada por Benjamin – proveniente de um contexto de "quebra da civilização" que forjou também a Teoria Crítica[52] da primeira geração da Escola de Frankfurt – ela nos parece apta, ainda hoje, à análise da racionalidade moderna, da razão instrumental que forneceu os pressupostos teóricos que há séculos caracterizam o Estado moderno e o sistema de justiça criminal.

A promessa moderna de eliminação da violência, uma espécie de "mito legitimador" da modernidade, oculta o caráter violento da própria civilização moderna e leva à ilusão de que a razão é a antítese da destruição, da barbárie, quando, na verdade, "o que de fato aconteceu no curso do processo civilizador foi a reutilização da violência e a redistribuição do acesso à violência".[53] Contra o "otimismo sem consciência", Benjamin propõe então a "organização do pessimismo" com o objetivo de romper com o curso da história. Ainda que um tanto apocalíptico, o conceito de "ruptura como revolução" contraria a recomendação de Nietzsche a respeito do esquecimento – apesar de Benjamin inspirar seu pessimismo cultural no próprio Nietzsche – e apresenta uma "concepção do *kairos* revolucionária como suspensão da marcha catastrófica da história".[54]

No passado Voltaire defendera a humanização do direito penal e o fim da pena de morte, classificada por ele como "antieconômica", por impedir a explo-

51. Staat hei t das kälteste aller kalten Ungeheuer. Kalt lügt es auch; und diese Lüge kriecht aus seinem Munde: ‚Ich, der Staat, bin das Volk.' NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Also sprach Zaratustra* – ein Buch für alle und keinen, *in* COLLI, Giorgio – MONTINARI, Mazzino (*Hrsg.*). *Friedrich Nietzsche, KritischeStudienausgabe* – in fünfzehn Bände, v. 4. Berlin: Walter de Gruyter, 1988. p. 61.

52. De acordo com Martin Jay (2008), temas como o progresso crescente, o domínio técnico sobre a natureza, a tolerância como fim em si, todos eles profissões de fé liberais, foram extremamente criticados por Horkheimer e seus colegas, pensadores historicamente identificados com a chamada teoria crítica, um campo teórico-epistemológico consideravelmente amplo e comprometido com a emancipação humana.

53. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 120.

54. ZAMORA, José Antonio. Walter Benjamin: crítica del capitalismo y justicia mesiánica. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). *Justiça e memória*: para uma crítica ética da violência. Porto Alegre: UNISINOS, 2009. p. 78.

ração do trabalho dos delinquentes.[55] A humanização do sistema penal estava, portanto, claramente assentada em interesses econômicos, a ponto de Rusche e Kirchheimer[56] sustentarem que os fundamentos do sistema carcerário, promovidos e elaborados pelo iluminismo, encontravam-se no mercantilismo.

No século XX, diante da desumanização provocada no contexto da ação burocrática moderna, surge aquela que para Hassemer e Muñoz Conde[57] é a proposta mais interessante do abolicionismo: a pretensão de que "os conflitos penais sejam resolvidos ou solucionados por seus protagonistas, a sociedade civil e os sujeitos implicados no conflito, à margem das instituições estatais". Seria, portanto, o abolicionismo uma alternativa necessária à barbárie civilizada no campo da gestão de conflitos? Seriam possíveis novas estratégias de controle penal, mais humanas e democráticas, ou a razão punitiva e o processo penal seriam como a jaula de aço weberiana, alegoria utilizada para assinalar o caráter irrefutável e imutável da ordem econômica capitalista?

Embora o triunfo dos vitoriosos explique o passado do vencido como sendo digno da derrota e a causa do vencedor como um momento de racionalidade,[58] as injustiças e os danos oriundos da história do sistema penal confirmam a invariável necessidade de romper com esse passado inventado, com esse grande relato da história e consequentemente com a catástrofe. Se o anjo da história volta-se para o passado e vê apenas ruínas sobre ruínas, interromper o curso dessa história será certamente o início de uma revolução.

4. EM BUSCA DE UM NOVO RELATO: A HISTÓRIA CONTADA A PARTIR DOS VENCIDOS

Desconstruir os consensos forjados desde a modernidade certamente não é tarefa das mais fáceis, pois exige o abandono da ideologia do progresso linear

55. VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Springer-Verlag: Berlin, Heidelberg, 2009. p. 32.

56. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 109.

57. MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 283-285.

58. MATE, Reyes. Fundamentos de una filosofía de la memoria. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). *Justiça e memória*: para uma crítica ética da violência. Porto Alegre: UNISINOS, 2009. p. 34.

e a assunção de uma nova racionalidade, na visão de Dussel,[59] uma "razão ético-crítica", comprometida com a transformação social a partir da perspectiva das vítimas. O desafio torna-se ainda maior no caso da periferia do capitalismo ocidental, na qual, mesmo diante da evidente ineficiência, o Estado reluta em abdicar de sua pretensão de monopólio na produção de normas coercitivas e continua a exibir "as mais diferentes formas retóricas e procedimentais para obter um controle de algum modo eficaz sobre os conflitos". Se por um lado, mudanças nas regras do jogo não significam necessariamente mudanças na distribuição social de riqueza e poder, por outro, "a condição contemporânea desses países periféricos demonstra a atualidade de uma das teses centrais do marxismo, a do primado da infraestrutura econômica".[60]

Diante desse panorama, parece notória, portanto, a relevância da crítica formulada por autores como Walter Benjamin, cuja interpretação da história por meio do materialismo histórico representa quase que uma intuição da futura filosofia desenvolvida por Dussel. Embora não seja possível falar propriamente em um sistema filosófico a partir de Benjamin, sua filosofia da história, esboçada em fragmentos, sugere a *invenção* de uma *nova concepção*, profundamente original, e que se lança em um autêntico projeto de reinterpretação e reconstrução histórica crítica a partir dos vencidos da história, do "Outro" a que Dussel[61] se refere e utiliza como ponto de partida para formulação de sua ética da libertação.

Enquanto Adorno, por exemplo, se afastara da esperança de que o conhecimento pudesse lançar sobre o mundo a luz da "redenção", uma expressão conscientemente escolhida em termos teológicos, Benjamin, por sua vez, propusera a revolução como interrupção, pois entendia que com o monstruoso desenvolvimento da técnica que se sobrepunha ao homem, inerente à expansão do modo de produção capitalista, uma nova forma de miséria havia surgido. Ultrapassar a lógica punitiva e assumir práticas alternativas no direito e, em especial, na justiça criminal, implica evidentemente em abdicar da racionalidade autoritária que modela o processo penal e em fraturar o paternalismo e a verticalidade do sistema punitivo, inaugurando, com isso, um novo paradigma, que destitui a violência como método e se funda no diálogo. Nessa perspectiva,

59. DUSSEL, Enrique. Ética *da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 321.

60. ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107-108.

61. DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2007.

segundo Müller,[62] "a não violência não é a conclusão de um raciocínio, não é uma dedução, mas sim uma opção da razão".

É importante notar que, no final das contas, apesar de todas as críticas à racionalidade instrumental moderna, não se trata de abandonar relevantes conquistas históricas ou de negar por completo a contribuição iluminista no contexto de um novo modelo de justiça. O próprio Benjamin e os demais autores identificados com a Escola de Frankfurt não abdicaram completamente da razão em prol da liberdade; afinal, o desejo de romper com a história, compreendida por Adorno e Horkheimer como mitologia, estava condicionado por uma autoconsciência social crítica que se objetivava na mudança e na emancipação por intermédio do próprio esclarecimento. Ainda que em *Eclipse da razão* Horkheimer tenha deixado claro que a racionalidade não seria capaz de fornecer normas para a atividade política, aparentemente o cerne da crítica *frankfurtiana* estava na consolidação de determinada forma de racionalidade, à qual, mais tarde, Habermas iria contrapor a racionalidade comunicativa intersubjetiva. Para os membros da primeira geração da Escola de Frankfurt, a especialização instrumental a serviço de interesses econômicos só poderia resultar numa crise profunda da razão e do projeto científico modernos, o que levaria a obstáculos à autorreflexão racional da sociedade.

Apesar do pessimismo de Adorno e Horkheimer após o fim da Segunda Guerra Mundial e a despeito da relevância teórica e do otimismo tipicamente iluminista das formulações *habermasianas* quanto à possibilidade de emancipação humana por via da razão comunicativa, o que se busca é compreender o processo de desencantamento do mundo e a incorporação de certa racionalidade ao processo penal ocidental, bem como suas consequências para os direitos humanos de um amplo contingente social que, na esteira de Benjamin, pode ser concebido como "os vencidos da história". Não obstante o discurso oficial otimista, diante do inegável cenário de crise da justiça criminal, o desafio que se impõe, sobretudo aos acadêmicos identificados com as perspectivas criminológicas críticas, é oferecer novas respostas para o exercício democrático e não violento do controle social. Exatamente por isso entendemos ser importante reconstruir a história por intermédio "da formulação mais espantosa e radical da nova filosofia da história – marxista e messiânica – de Walter Benjamin",[63] ou seja, suas teses sobre o conceito de história.

62. MÜLLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência*: percurso filosófico. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 53.

63. LÖWY, Michael. A filosofia da história de Walter Benjamin. *Estudos Avançados*, v. 16, n. 45, São Paulo, mai.-ago. 2002, p. 203.

Se para Benjamin a catástrofe não era uma meta do progresso, mas sim seu caráter constitutivo, a nosso ver, a mesma lógica se aplica ao processo penal e ao sistema de justiça criminal. Humanizar o sistema penal seria permitir a continuidade catastrófica de um sistema que nem sempre existiu, mas que tem sido apresentado pelos discursos justificacionistas como irreversível. É a história dos vencedores, daqueles que, por meio de eufemismos, pugnam pelo eterno retorno do mesmo, pela eternização do sofrimento a um tempo vazio e homogêneo. Ao analisar a invenção do crime e do direito penal, Hess e Stehr esclarecem que

> o direito penal e a pena não são formas universais de controle social. Eles não existem em sociedades sem dominação, as quais caracterizaram pela maior parte do tempo a história da humanidade. O controle social não era repressivo, mas visava reintegrar os desviantes, reparar eventuais danos, restaurar o *status quo*, pacificar e limitar os conflitos.[64]

Daí, mais uma vez, a imperiosa necessidade de inaugurarmos uma nova temporalidade, de rompermos com um relato universal que esconde o fato de construir a realidade e se impõe como irrefutável e imutável, mas que expressa tão somente uma hermenêutica dominante no plano das ciências criminais. Opondo-se ao futuro como prolongamento do presente, à eternização do presente que se impõe como concepção dominante da história – uma concepção *historicista* na qual o passado possui uma função estética ou de validação do poder – Benjamin propõe um conceito *messiânico* ou *apocalíptico* da história, uma *razão anamnética,* que irrompe no presente com a presença do passado esquecido e afigura-se como condição de possibilidade da história. De acordo com Reyes Mate,[65] na visão de Benjamin

> a interrupção do tempo presente é a salvação. Para uma visão assim, o perigo são as ideologias ou mitologias continuístas: concepções gnósticas do tempo, o darwinismo, a ideologia do progresso, o sonho americano de um destino superior, a cegueira marxista de uma dialética inscrita nas estrelas da natureza.

64. *Strafrechtund Kriminalstrafen sind keine universalen Formen der sozialen Kontrolle. In herrschaftsfreien Gesellschaften, die immerhinfür die längste Zeit der Menschheitsgeschichte charakteristisch waren, existieren sie nicht. Soziale Kontrolle ist hier nicht repressiv, sondern zielt auf Reintegration des Abweichenden, Wiedergutmachung eventueller Schäden, Wiederherstellung des status quo, Pazifizierung und Konfliktbegrenzung.* HESS, Henner; STEHR, Johannes. Die ursprüngliche Erfindungdes Verbrechens. In: HESS, Henner. *Die Erfindung des Verbrechens*. Springer: Wiesbaden, 2015. p. 41.

65. MATE, Reyes. *La razón de lós vencidos*. Barcelona: Anthropos, 1991. p. 24.

Se a modernidade construiu uma filosofia da história caracterizada pela ontologia do presente e atualmente vivemos na cultura do esquecimento,[66] qualquer possibilidade de transformação do sistema de justiça criminal repousa na conscientização sobre os limites da cultura e dos discursos dominantes e na capacidade de repensar seus fundamentos politico-filosóficos e, portanto, de recordar o esquecido.

Ainda que seja possível afirmar que qualquer realidade é artificial e que a tentativa de desconstruir o discurso hegemônico no plano das ciências criminais repousa em um acordo temporário e circunstancial, é necessário compreender também a violência simbólica subjacente ao processo de ocultação do caráter retórico de teorias que foram historicamente formuladas e difundidas para justificar e universalizar o sistema penal e, consequentemente, o processo penal como único meio de resolução de conflitos. Difundida e funcional no ambiente jurídico, essa estratégia permite que meras opiniões sejam reconhecidas como "a verdade" em razão da autoridade de quem as emite e inviabiliza a reflexão sobre alternativas ao paradigma triunfante.

É exatamente nesse contexto que surge a necessidade de repensar o uso do sistema penal para a administração de conflitos. Some-se a isto a busca por outros critérios de legitimação e por outra lógica epistêmica, mais adequada a uma cultura jurídica pluralista e democrática, condições para reordenar a racionalidade moderna e configurar novos modelos de justiça, principalmente no caso dos países periféricos, onde o "mimetismo cultural colonizador"[67] produziu o distanciamento de uma práxis transformadora e emancipatória. Pensar criticamente a justiça criminal levará a outros relatos e a proposições concretas de meios alternativos e não penais de resolução de conflitos, como, por exemplo, a justiça restaurativa sob o enfoque abolicionista,[68] possibilitando modelos de justiça mais democráticos, como ocorre no âmbito da mediação entre vítima e ofensor, e conduzirá, principalmente, a um discurso jurídico estratégico de

66. MATE, Reyes. *La razón de lós vencidos*. Barcelona: Anthropos, 1991. p. 25.

67. WOLKMER, Antonio Carlos. Da crítica moderna eurocêntrica à crítica liberadora do direito na América Latina. In: KROHLING, Aloísio; FERREIRA, Dirce Nazaré. *História da filosofia do direito*: o paradigma do uno e do múltiplo dialético, retórico e erístico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 246.

68. ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

mudanças na sociedade e no espaço público. Eis o desafio, resgatar "imagens utópicas"[69] que possam levar a um projeto emancipatório da modernidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o percurso investigativo procuramos fazer uso das formulações da Teoria Crítica, sobretudo do instrumental teórico fornecido pela Escola de Frankfurt e, neste caso, em especial, por Walter Benjamin. Assumimos, assim, uma perspectiva negativa do poder e apresentamos descritivamente o diagnóstico proveniente da articulação entre a racionalidade do processo penal moderno e a ideologia do progresso que molda determinada percepção da evolução histórica.

Sob a justificativa de orientar a humanidade rumo ao progresso e ao avanço social, o Estado moderno, construído na perspectiva ocidental europeia, configurou o processo penal e o transformou em modelo universal de resolução dos conflitos criminalizados. Apesar da narrativa iluminista de humanização do sistema penal e das expectativas quanto à pacificação social e à eliminação da barbárie identificada com a violência e o crime por intermédio do processo, a razão e a ciência não foram suficientes para levar à felicidade e ao bem-estar. O que se nota atualmente, sobretudo nos países periféricos, são as limitações do discurso humanizador e a consolidação de políticas criminais irracionais que definem o perfil do direito e do processo penal contemporâneos.

Forjada a partir da racionalidade instrumental, a razão punitiva consolidou-se com o iluminismo e a ascensão do progresso técnico e econômico promovidos pelo capitalismo. O Estado, detentor exclusivo do monopólio da violência legítima, transformou o sistema penal em uma extensão supostamente eficiente e racional do empreendimento capitalista, a partir da apresentação de uma normalidade, senão naturalidade da sanção penal, pilar mais importante de sustentação da pena e do próprio direito penal.

A concepção de que o direito penal e a pena seriam um passo em direção ao progresso levou à crença de que ambos configuram formas universais de controle social, independentemente das transformações experimentadas no plano discursivo desde o período dos reformadores, inviabilizando, com isso, a reflexão sobre alternativas ao paradigma triunfante. É exatamente nesse contexto que surge a necessidade de repensar o uso do sistema penal para a gestão de conflitos e buscar outra lógica epistêmica, mais adequada a uma cultura jurí-

69. LÖWY, Michael. *Walter Benjamin*: aviso de incêndio. Uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". São Paulo: Boitempo, 2005. p. 21.

dica pluralista e democrática. Se "nunca houve um monumento de cultura que não fosse também um monumento de barbárie",[70] a criação de mecanismos de controle do poder (punitivo) e de modelos alternativos e não penais de resolução de conflitos poderá levar à interrupção do curso dessa história e indicar o início de uma revolução.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014.

_____. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1999.

BENJAMIN, Walter. *Anmerkungen zu Seite 691-704*. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.3. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. Über *den Begriff der Geschichte*. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 2012.

BOGNER, Artur. *Zivilisation und Rationalisierung*: Die Zivilisationstheorien Max Webers, Norbert Elias' und der Frankfurter Schule im Vergleich. Opladen: Westdeutsche Verlag, 1989.

BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 115, jul.-ago. 2015.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

70. _____. Über *den Begriff der Geschichte*. In: TIEDEMANN, Rolf; SCHWEPPENHÄUSER, Hermann (Hrsg.). Walter Benjamin. Gesammelte Schriften: Aufsätze, Essays, Vorträge. 1. Aufl. Band I.2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento*: controle penal da subcidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DUSSEL, Enrique. Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESS, Henner; STEHR, Johannes. Die ursprüngliche Erfindung des Verbrechens. In: HESS, Henner. *Die Erfindung des Verbrechens*. Springer: Wiesbaden, 2015.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

JAY, Martin. *A imaginação dialética*: história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais (1923-1950). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

LÖWY, Michael. Barbárie e modernidade no século XX. *Revista Herramienta*, n. 22, mar. 2003. Disponível em: [www.herramienta.com.ar/revista-impresa/revista-herramienta-n-22]. Acesso em: 05.11.2015.

_____. A filosofia da história de Walter Benjamin. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 16, n. 45, mai.-ago. 2002.

_____. *Walter Benjamin*: aviso de incêndio. Uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". São Paulo: Boitempo, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Macht*. Stuttgart: Enke, 1988.

MATE, Reyes. *La razón de lós vencidos*. Barcelona: Anthropos, 1991.

_____. Fundamentos de una filosofía de la memoria. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). *Justiça e memória*: para uma crítica ética da violência. Porto Alegre: UNISINOS, 2009.

MÜLLER, Jean-Marie. *O princípio de não-violência*: percurso filosófico. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo: CEBRAP, n. 68, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Also sprach Zaratustra* – ein Buch für alle und keinen, *in* COLLI, Giorgio – MONTINARI, Mazzino (*Hrsg.*). *Friedrich Nietzsche, Kritische Studienausgabe* – in fünfzehn Bände, Berlin: Walter de Gruyter, v. 4, 1988.

RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALAS, Minor E. *Rechtstheoretische Grundlageneiner (realistischen) Theoriedes Strafverfahrens*. München: Verlag C.H. Beck München, 2005.

SCHEERER, Sebastian. Kritik der strafenden Vernunft. *Ethik und Sozialwissenschaften*. Hamburg: Lucius, n. 12, 2001.

_____. A função social do direito penal. Trad. Raphael Boldt. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo: ITEC/Síntese, n. 59, out.-dez., p. 09-23, 2015.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Em torno à diferença*: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Springer-Verlag: Berlin, Heidelberg, 2009.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. Da crítica moderna eurocêntrica à crítica libertadora do direito na América Latina. In: KROHLING, Aloísio; FERREIRA, Dirce Nazaré. *História da filosofia do direito*: o paradigma do uno e do múltiplo dialético, retórico e erístico. Curitiba: Juruá, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAMORA, José Antonio. Walter Benjamin: crítica del capitalismo y justicia mesiánica. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). *Justiça e memória*: para uma crítica ética da violência. Porto Alegre: UNISINOS, 2009.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal, de Claus Roxin – *RBCCrim* 82/24-47, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/121-140 (DTR\2010\6).

O COMBATE AO TERRORISMO: ENTRE A GUERRA AO TERROR E A CONSTRUÇÃO DA PAZ EM CASOS EXTREMOS COMO O DA *TICKING TIME BOMB*

THE COMBATING TERRORISM: BETWEEN THE WAR ON TERROR AND THE PEACEBUILDING IN EXTREME CASES AS THE TICKING TIME BOMB

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Pós-doutorado na Universidad Autónoma de Madrid sob a direção do Prof. Dr. Manuel CancioMeliá. Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. Doutor honoris causa pela Universidade Autónoma de Tlaxcala - México. Doutor honoris causa pelo Centro Universitário del Valle de Teotihuacan - México. Professor de Direito Penal nos Cursos de graduação e pós-graduação da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Advogado Criminalista.
callegari@callegariadvogados.com.br

RAUL MARQUES LINHARES

Mestrando em Direito Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Bolsista CAPES-PROEX. Membro do grupo de pesquisa "Sistemas Punitivos", sob a coordenação do prof. Dr. André Luís Callegari. Integrante do projeto de pesquisa "Estado e Política Criminal: a expansão do Direito Penal como forma de combate ao terrorista". Advogado criminalista.
raul@ritterlinhares.com.br

Recebido em: 12.02.2016
Aprovado em: 12.05.2016
Última versão autores: 20.05.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho se destina ao desenvolvimento de um dos principais temas que envolvem o terrorismo: a forma de combate ideal a esse fenômeno, centrando-se no embate entre a estratégia de Guerra ao Terror e a estratégia de Construção da Paz. Para a adequada compreensão do tema, desenvolve-se ainda o debate a respeito da necessária compreensão da complexidade que envolve o terrorismo, especialmente em relação às suas causas, o que permite se

ABSTRACT: This work intends to develop one of the major problems involving terrorism: the ideal combat way for this phenomenon, focusing on the clash between the War on Terror strategy and Peacebuilding strategy. For a appropriate understanding of the subject, develops up the debate about the necessary understanding of the complexity about the terrorism, especially in relation to their causes, allowing to establish the general lines of treatment of this phenomenon.

CALLEGARI, André Luis; LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo: entre a guerra ao terror e a construção da paz em casos extremos como o da *ticking time bomb*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 125, p. 279-304, nov. 2016.

estabelecer as linhas gerais de tratamento desse fenômeno. Como resultante da postura ideal de tratamento do terrorismo traçada neste trabalho, aplica-se essa lógica ao exemplo da utilização da tortura do terrorista no caso fictício da bomba-relógio, demonstrando-se a possibilidade de aplicação de estratégias humanistas também em situações extremas.

PALAVRAS-CHAVE: Terrorismo – Guerra ao Terror – Construção da Paz – Humanismo – Tortura.

As a result of the ideal posture of the terrorist treatment described in this paper, applies this logic to the example of the use of torture against the terrorist in the fictional case of the ticking time bomb, demonstrating the applicability of humanistic strategies also in extreme situations.

KEYWORDS: Terrorism – War on Terror – Peacebuilding – Humanism – Torture.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A necessária compreensão das causas do terrorismo – 3. A guerra ao terror e a construção da paz – 4. O tratamento do terrorista em situações limites: a tortura no caso da bomba relógio – 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O terrorismo tem se demonstrado um tema de destacava complexidade, alvo de inúmeras divergências em relação a seu conceito, suas causas, suas formas de manifestação, seu combate etc. Junto disso, é inegável a necessidade de aprofundamento do estudo do terrorismo, especialmente em se considerando as consequências desse fenômeno para as mais diversas civilizações – não só as consequências diretas dos graves atentados terroristas, mas, também, as consequências por vezes ainda mais danosas de políticas de combate violento ao terrorismo.

Além disso, o terrorismo pode ser considerado um grave sintoma de violências anteriores à própria constituição de grupos terroristas, o que também não deve ser desconsiderado no estudo desse tema.

Diante da amplitude temática envolvendo o terrorismo, o presente trabalho objetiva, acima de tudo, contribuir para discussão a respeito da maneira adequada de combate a esse fenômeno, centrando-se no embate entre duas posturas distintas em relação a esse assunto: as estratégias de Guerra ao Terror e de Construção da Paz.

Para a compreensão de ambas as formas de tratamento do terrorismo, também será abordada a forma de compreensão do terrorismo geralmente presente na estratégia de Guerra ao Terror e na estratégia de Construção da Paz, bem como os reflexos dessas posturas no ciclo de violência característico do terrorismo.

Utiliza-se, principalmente, de pesquisa bibliográfica para o alcance do objetivo aqui proposto, aliada a referências pontuais a casos específicos. Nesse procedimento, confere-se preferência ao diálogo com outras áreas do saber, incorporando-se à ciência jurídica as diferentes lições sobre o terrorismo que cada ciência consultada oferece.

Nesse sentido, este trabalho se insere no contexto atual de discussão entre a formatação desejada do Direito Penal (e Processual Penal), destacando-se, também aqui, a diferenciação entre a defesa de um Direito Penal cada vez mais recrudescido, pautado em medidas mais severas no tratamento do crime e um Direito Penal caracterizado por uma maior cautela e resistência ao uso da violência, objetivando a compreensão dos diversos fatores presentes na "construção" social do crime e a aplicação de formas distintas de combate à delinquência.

No tocante ao combate ao terrorismo, tema que tanto envolve violações aos direitos humanos, expõe-se a estratégia de Construção da Paz como uma forma de construção de um compromisso humanitário no tratamento ao terrorismo, diferentemente da estratégia de Guerra ao Terror, demarcada por um tratamento repressivo ao terrorismo e que muitas vezes diminui (ou desconsidera por completo) a condição humana do terrorista, nos moldes da conhecida teoria do Direito Penal do inimigo.[1]

Como reflexo do tema geral desenvolvido neste trabalho, utiliza-se do exemplo privilegiado do recurso à tortura no caso da bomba-relógio para se demonstrar a forma adequada de tratamento do terrorista, de acordo com a estratégia de combate ao terrorismo aqui defendida, para que se perceba que mesmo em situações extremas deve ser preservada a dignidade humana do terrorista e que, não bastasse isso, o tratamento ao terrorismo por meios vio-

1. A teoria do Direito Penal do inimigo é defendida, sobretudo, por Günther Jakobs, autor que se fundamenta nos doutrinadores contratualistas (Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant) para instituir a bipartição do ordenamento penal, configurando um Direito Penal do cidadão, aplicável às pessoas em geral e respeitoso às garantias adotadas pelo sistema e um Direito Penal do inimigo, atuante no combate aos indivíduos que se afastam dos regramentos sociais. A base dessa forma de tratamento do delinquente inimigo se encontra no fato de que ele não mais proporciona uma garantia cognitiva mínima de segurança ou de respeito ao direito, pois se posta de maneira afastada do ordenamento jurídico. Nesse sentido, Günther Jakobs aponta, por exemplo, o sujeito que opta por integrar uma organização terrorista (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 34).

lentos, mesmo quando pareça uma alternativa atraente em uma perspectiva imediata, demonstra-se como uma forma de perpetuação do ciclo de violência a longo prazo.

Dessa forma, ainda que se esteja a tratar de casos de extrema gravidade e que envolvam valores consideravelmente caros ao corpo social – como é o caso da bomba relógio –, objetiva-se demonstrar que, ainda assim, a estratégia de Construção da Paz deve ser utilizada como fio condutor da tomada de decisões e barreira contra a adoção de medidas violentas.

2. A NECESSÁRIA COMPREENSÃO DAS CAUSAS DO TERRORISMO

Raúl Carnevali, em estudo realizado durante período de investigações pós-doutorais, referiu que enfrentamos desafios complexos no Direito, um dos quais é a nossa falta de disposição como sociedade de renunciar a séculos de trabalho voltado à construção de um patrimônio garantista.[2] Nesse ponto, concorda-se com a crítica do autor em prol do abandono da utilização do "Direito Penal garantista" ou "clássico" como limite intocável da problematização do Direito Penal.

Esclarece-se que o entendimento aqui exposto não constitui uma contrariedade a postulados de um Direito Penal garantista. Aqui se está a tratar da postura científica diante de novos conhecimentos de reflexões que não devem ser obstadas simplesmente por serem incompatíveis com um modelo predeterminado de teoria, mas que devem ser desenvolvidas, mesmo que para se concluir por sua inaplicabilidade.

As necessárias discussões a respeito da eventual possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica é apenas um dos diversos exemplos de que o paradigma científico positivista não deve dominar o Direito Penal e impedir o pensamento reflexivo em relação a quaisquer questões.

Nesse contexto reflexivo em relação a novos problemas, o terrorismo surge como "velho tema novo". Mesmo que não seja um fenômeno social recente, o estudo relacionado ao terrorismo permanece cercado por dúvidas e questões ainda controversas, como a própria conceituação desse fenômeno.

No âmbito jurídico, deparamo-nos com a necessidade de se estabelecer um conceito de terrorismo que, ao menos, disponha a respeito de seus elementos

2. CARNEVALI, Raúl. El derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, n. 35, dez., p. 129-130, 2010.

básicos, para que, com a mesma finalidade de garantia conferida ao clássico princípio da legalidade, não venhamos a nos tornar vítimas do mau uso de uma palavra, perigo este já alertado por Cesare Beccaria:

> "I primi, che sono i massimidelitti, perchèpiùdannosi, sono quelli, chechiamansidi lesa Maestà. La sola tirannìa e l'ignoranza, che confondono i vocaboli e le idee più chiare, possono dar questo nome, e per conseguenza la massima pena a delitti di differente natura, e render così gli uomini, come in mille alte occasioni, vittime di una parola."[3]

Apesar dessa necessidade de uma definição conceitual precisa, pode-se afirmar que o terrorismo aceita diversos conceitos em razão das inúmeras formas possíveis de abordagem desse fenômeno. Nesse sentido, o historiador espanhol Eduardo González Calleja refere que alguns autores costumam estudar o terrorismo com base em variados fatores, como em suas implicações morais, em sua ideologia, em suas finalidades, na psicologia e no comportamento de seus agentes etc.[4]

Dentro dos diversos conceitos possíveis e históricos conferidos ao terrorismo, o autor se refere, em dado momento, a um conceito psicossociológico desse fenômeno, segundo o qual o terrorismo é entendido como um instrumento de domínio baseado no emprego da intimidação ou ameaça de morte, que produz um estado de terror em suas vítimas reais ou potenciais. Por esse conceito, o ato terrorista não é considerado essencialmente em razão de seu potencial destrutivo, mas sim em razão de suas implicações simbólicas (impacto psicológico que o ato difunde).[5]

Também nesse intento de definir o terrorismo, deve-se conferir destaque ao produto desejado por esse fenômeno, do qual deriva o seu nome: produzir

3. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Edizione nuovissima. Veneza: Appresso Rinaldo Benvenuti, 1781. p. 92. Tradução nossa: "Os primeiros, que são os maiores crimes, porque mais danosos, são aqueles que se chamam de lesa-majestade. A tirania e a ignorância, que confundem as palavras e as idéias mais claras, podem dar este nome e, consequentemente, a pena máxima para crimes de natureza diferente e tornar os homens, como em outras mil ocasiões, vítimas de uma palavra."
4. GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. Las ciencias sociales ante el problema del terrorismo. *Vínculos de historia*, Madrid, n. 3, p. 123, 2014.
5. GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. Op. Cit. p. 132.

cada vez mais terror e pessoas aterrorizadas – as últimas podendo ser consideradas os aliados principais do terrorismo, mesmo que involuntariamente.[6]

Seguindo esse caminho, Noam Chomsky acaba por concordar com a definição estabelecida em documentos oficiais dos Estados Unidos da América, segundo os quais o terrorismo se constitui no "(...) uso calculado da violência ou da ameaça de violência para atingir objetivos políticos, religiosos ou ideológicos, em sua essência, sendo isso feito por meio de intimidação, coerção ou instalação do medo."[7]

Mesmo que se considere esse um conceito suficiente para a compreensão do que seja terrorismo, deve-se compreender que o adequado tratamento ao terrorismo demanda uma análise mais ampla e criteriosa desse fenômeno. Em razão disso, as medidas de combate ao terrorismo preocupadas demasiadamente em compreender seu conceito e suas formas de manifestação revelam um equivocado tratamento simplista do terrorismo.

Por essa razão, Malgorzata Kotomska e Balder Hageraats defendem que, considerando o fato de que o terrorismo não necessariamente representa em si uma ideologia e que não depende de uma grande quantidade de "sócios" para sua configuração, deve-se concluir que o tratamento a esse fenômeno necessita ser centrado nas suas causas e não no estudo solitário de seus sintomas.[8]

Assim, não só em relação ao terrorismo, mas no tocante a qualquer crime praticado, deve-se compreender que ele possui uma razão pela qual ocorre, que essa razão deve ser considerada e que o problema precisa ser resolvido por meio dessa análise global do fenômeno.[9]

Em relação às causas do terrorismo, fazendo referência a estudo de Mark Juergensmeyer a respeito do terrorismo sikh,[10] Zygmunt Bauman se utiliza da

6. BAUMAN, Zygmunt. Terrorismo y religión. Trad. Sonia Arribas. *Minerva: Revista del Círculo de Bellas Artes*, Madrid, n. 6, p. 36, 2007.

7. CHOMSKY, Noam. *11 de setembro*. Trad. Luiz Antonio Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 104.

8. KOTOMSKA, Malgorzata; HAGERAATS, Balder. La construcción de la paz y la guerra contra el terrorismo: ¿Conflicto de intereses?.Trad. por Natália González Caballero. *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, Madrid, n. 9, out., p. 9, 2008.

9. CHOMSKY, Noam. *11 de setembro*. Trad. Luiz Antonio Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 26.

10. Interessante notar que o recurso ao terrorismo por parcela dos adeptos do sikhismo, no mesmo sentido defendido neste trabalho, se notabilizou com a utilização da violência contra os próprios sikhs por parte do governo indiano – mesmo que se venha

conclusão do autor de que "'Los jóvenessikhsdel mundo rural teníanrazones de sobra para ser infelices', razones económicas, políticas y sociales." Algumas dessas razões são referidas pelo autor, como as políticas opressivas do congresso local e o sentimento que os sikhs possuíam de humilhação diante das classes urbanas melhor localizadas.[11]

Da mesma forma, Zygmunt Bauman refere que, no começo do século XXI, muitos jovens muçulmanos consideravam a si próprios (enquanto muçulmanos) como vítimas de inúmeras privações e opressões, opinião coerente, segundo o autor, com a classificação dessa população como "atrasada", face contrária do resto da humanidade considerada desenvolvida.[12]

Esse diagnóstico está presente, da mesma forma, na declaração do então Secretário de Estado dos Estados Unidos, Collin Powel, proferida no Fórum Econômico Mundial, realizado no ano de 2002, na Suíça: "O terrorismo realmente floresce em áreas de pobreza, desespero e desesperança, onde as pessoas não vêem futuro."[13]

O terrorismo, nesse caminho, passa a se configurar como um ato de motivação complexa, envolvendo diversos fatores sociais problemáticos. Contudo, não só se faz referência a problemas sociais desse caráter como responsáveis comuns ao surgimento do terrorismo. Além disso, o terrorismo é apontado como o resultado de deficiências políticas diversas.

Ainda com a intenção de se compreender as causas do terrorismo, Victor Pavón-Villamayor e Jorge Velázquez Roa se referem a estudo desenvolvido por

---

a admitir que o ambiente de violência já fosse prévio. Nesse sentido: "Nos anos 80, os protestos sikhs no Pendjab cresceram, chegando ao clímax em junho de 1984, quando tropas indianas invadiram o Templo Dourado, em Amritsar, matando o líder da seita e 450 sikhs que ali estavam alojados. Em consequência, a situação radicalizou-se e, em outubro de 1984, extremistas sikhs mataram a primeira-ministra Indira Gandhi. O terrorismo sikh cresceu desde então: em 1985 o líder sikh moderado Sint Harchand Longoual foi morto por radicais, em represália por ter assinado um acordo de paz com o governo indiano." (SIKH. In: GRANDE Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998. p. 5374).

11. BAUMAN, Zygmunt. Terrorismo y religión. Trad. de Sonia Arribas. *Minerva: Revista del Círculo de Bellas Artes*, Madrid, n. 6, p. 32, 2007.
12. BAUMAN, Zygmunt. Op. Cit. p. 34.
13. GOODENOUGH, Patrick. Administration's Poverty-Islamic Terrorism Link Has Been Challenged by Studies. *CNS News*. Washington, 19 fev. 2015. Disponível em: [www.cnsnews.com/news/article/patrick-goodenough/administration-s-poverty-islamic-terrorism-link-has-been-challenged]. Acesso em: 31.12.2015. (tradução nossa)

Alberto Abadie no qual foi estabelecida a relação entre o cometimento de atos de terrorismo e o grau de preservação de liberdades políticas em determinados países. Nesse sentido, o terrorismo se mostrou mais escasso em sociedades com amplas liberdades civis, porque são oferecidos diversos meios alternativos de manifestação e participação institucional, bem como em regimes ditatoriais, nos quais o terrorismo encontra dificuldades de desenvolvimento em razão do elevado custo de sua manutenção, incrementado pela natureza repressiva do regime. Conclusivamente, aponta o estudo que as sociedades em processo de transição democrática seriam as mais sujeitas ao surgimento do terrorismo.[14]

Para ambos os autores, a causa terrorista, conquanto seja amplamente variada, pode ser identificada genericamente como uma percepção de combate a determinada injustiça. O alto nível de compromisso com a causa terrorista percebida como justa é obtido por meio do estabelecimento de um corpo ideológico que supõe a existência de *valores supremos*, os quais jamais podem ser questionados e dos quais deriva um código de conduta a ser seguido e respeitado por todos. Em caso de não seguimento da ideologia fundada nos valores supremos, o indivíduo passa a ser alvo de uma correção de pensamento ou de extermínio. Como exemplo de um campo fértil para esse tipo de raciocínio, os autores fazem referência à religião, como no caso da Santa Inquisição católica.[15]

Ao final, concluem os mesmos autores: "El origen del terrorismo parece estar más bien en un conjunto de posiciones extremas que, estructuradas en torno de valores considerados supremos, se abrogan el derecho a ejercer la violencia sobre objetivos civiles como vía de acción política."[16]

Em relação a essa lógica, Eric Hobsbawn aponta como um fator perigoso na geração da violência sem limites a convicção ideológica de que a causa que se defende seja tão justa, ao contrário da causa tão terrível defendida pelos grupos contrários, que qualquer medida, por mais bárbara que seja, passa a ser justificada em prol da vitória.[17]

---

14. PAVÓN-VILLAMAYOR, Víctor; VELÁZQUEZ ROA, Jorge. ¿Es la pobreza la causa del terrorismo? *Foro Internacional*, México, v. 46, n. 2, abr.-jun., p. 299, 2006. Disponível em: [http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2670640]. Acesso em: 31.12.2015.
15. PAVÓN-VILLAMAYOR, Víctor; VELÁZQUEZ ROA, Jorge. Op. Cit.
16. PAVÓN-VILLAMAYOR, Víctor; VELÁZQUEZ ROA, Jorge. Op. Cit.
17. HOBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 127.

É importante que se perceba que essa afirmação de Eric Hobsbawn não é aplicável unicamente a grupos qualificados como terroristas, mas também aos Estados adeptos da Guerra ao Terror, estratégia dominante no plano internacional como forma de combate ao terrorismo – mudam-se os atores e as causas, mas a característica intolerância se faz presente em ambos os lados do conflito.

Percebe-se, então, que o terrorismo se apresenta como um instrumento de defesa de uma causa suprema por grupos que, geralmente, se sentem injustiçados pelos mais diversos motivos.[18] Esse cenário é, então, tomado pela violência em prol da causa terrorista que, em muitos casos, é fruto de outras tantas violências anteriores à formação de grupos terroristas.

O terrorismo, então, pode ser considerado um extrato de cenários de violações passadas que devem necessariamente ser consideradas para que se compreenda satisfatoriamente o terrorismo e para que se consiga dimensionar a forma ideal de tratamento desse fenômeno.

Assim, estabelecida a íntima relação entre a violência como causa e forma de expressão do terrorismo, com a intenção de se combater esse fenômeno, costuma-se apostar em respostas igualmente violentas, como é o caso da estratégia da Guerra ao Terror, perpetuando-se o ciclo de violações.

3. A GUERRA AO TERROR E A CONSTRUÇÃO DA PAZ

Após abordar uma forma ponderada de possível tratamento do terrorismo, com respeito às normativas internacionais, Noam Chomsky se refere à conhecida política de Guerra ao Terror:

> "Há, entretanto, um outro caminho: reagir com extrema violência e aguardar a escalada de violência que virá, dentro do mesmo ciclo, levando a futuras atrocidades similares a estas que estão instigando pessoas a pedir vingança. Conhecemos de sobra essa dinâmica."[19]

18. Nesse sentido, é esclarecedora a citação de Noam Chomsky: "No Iraque, apesar de os ocidentais preferirem contar outra história, entende-se que a política americana dos últimos dez anos devastou a sociedade civil e fortaleceu Saddam Hussein – a quem, como eles sabem, os EUA apoiaram decididamente, mesmo enquanto Hussein cometia as piores atrocidades, incluindo aí o bombardeio com gás contra os curdos, em 1998. Quando Bin Laden cita esses temas em transmissões veiculadas por toda a região, sua audiência compreende o que ele diz, mesmo aqueles que o desprezam, como é o caso de muitos." (CHOMSKY, Noam. *11 de setembro*. Trad. Luiz Antonio Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 35).

19. CHOMSKY, Noam. *11 de setembro*. Trad. Luiz Antonio Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 29.

Essa forma de tratamento do terrorismo marcada pelo uso disseminado da violência foi adotada pelos EUA como resposta aos ataques de 11 de setembro de 2001, representando uma decisão pelo recurso à guerra global contra o terrorismo, uma guerra com caráter permanente e marcada como um exercício sem limites e incontrolável.[20]

Entre as medidas tomadas pelo governo norte-americano que deixaram visíveis sua opção por essa resposta violenta, podem ser citadas as invasões a outros países, adoção de leis restritivas de diversos direitos individuais e a utilização declarada da tortura.[21]

A ampla aceitação da Guerra ao Terror como forma de combate ao terrorismo deixa à mostra uma marcante característica dos atentados terroristas: em razão da gravidade que lhes acompanha e pela repercussão que causam, é um propulsor de segmentos sociais inflexíveis e repressivos, contribuindo para programas de militarização em detrimento de investimentos em programas sociais

20. KOTOMSKA, Malgorzata; HAGERAATS, Balder. La construcción de la paz y la guerra contra el terrorismo: ¿Conflicto de intereses?. Trad. Natália González Caballero. *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, Madrid, n. 9, out., p. 3-4, 2008.

21. CASTRO FÍRVIDA, José Luis. ¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo? *Dereito*: revista xurídica da Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, v. 22, n. 2, jul.-dez., p. 60, 2013. Disponível em: [www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/1412]. Acesso em: 30.12.2015.
Para que se perceba a ausência de objetivos claros em prol da construção da paz no combate ao terrorismo e a presença da resposta violenta e egoísta da guerra global ao terrorismo, podem-se consultar as medidas adotadas como objetivos principais da "Estratégia Nacional da Casa Branca para Combater o Terrorismo", publicada em fevereiro do ano de 2003, na referência de Malgorzata Kotomska e Balder Hageraats: derrotar os terroristas e suas organizações; identificar, localizar e destruir os terroristas assim como suas organizações; denegar o patrocínio, apoio e refúgio a terroristas; diminuir as condições subjacentes que os terroristas pretendem explorar; defender os cidadãos e os interesses dos Estados Unidos em seu país e no estrangeiro. (KOTOMSKA, Malgorzata; HAGERAATS, Balder. La construcción de la paz y la guerra contra el terrorismo: ¿Conflicto de intereses? Trad. Natália González Caballero. *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, Madrid, n. 9, out., p. 4, 2008).
Ainda, a constatação da Anistia Internacional de que, sob o pretexto da chamada "guerra ao terror", após os atentados de 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos se utilizaram, em alguns casos de maneira declarada, além de detenções ilegais e de desaparecimentos forçados, de interrogatórios repletos de técnicas de tortura, como a simulação de afogamento, a suspensão do detido em posições dolorosas e a privação do sono. (AMNISTÍA INTERNACIONAL. *La tortura como receta*: de la lucha antiterrorista a la represión de la primavera árabe. Madrid: Amnistía Internacional, 2011. p. 2).

democráticos. Implementa-se, portanto, a prática de transferência de riquezas a segmentos restritos que, para Noam Chomsky, solapam a democracia.[22]

No exemplo privilegiado da resposta estadunidense aos ataques de 11 de setembro de 2001, aponta-se a Guerra Global contra o Terrorismo como uma prática na qual se faz presente uma mescla perigosa de interesses (econômicos, políticos, geoestratégicos etc.).[23] Contudo, o interesse pela construção da paz global, quando não se fizer ausente, é relegado a um mero objetivo reflexo.

Sob o domínio da Guerra ao Terror, ao ambiente de insegurança difundido pelo terrorismo se soma à constante desconfiança alimentada pela política estatal em relação a pessoas que, pelos mais diversos motivos, são ininterruptamente consideradas terroristas em potencial. Zygmunt Bauman sintetiza esse ambiente ao referir que "Algunos asesinos suicidas sueltos son suficientes para convertir a miles de inocentes en 'sospechosos habituales'."[24]

Torna-se perceptível que os meios utilizados para o combate ao terrorismo pela difundida Guerra Global contra o Terrorismo se mostram contraproducentes, geradores de um ciclo de violência e descontentamento que se autoperpetua.[25]

Ciente disso, Fernando Molina Fernández menciona que são muitos os que acreditam que prisões como Guantánamo e Abu Grahib (símbolos da Guer-

22. CHOMSKY, Noam. *11 de setembro*. Trad. Luiz Antonio Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 21-22.

23. KOTOMSKA, Malgorzata; HAGERAATS, Balder. La construcción de la paz y la guerra contra el terrorismo: ¿Conflicto de intereses?.Trad. Natália González Caballero. *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, Madrid, n. 9, out., p. 4, 2008.

24. BAUMAN, Zygmunt. Terrorismo y religión. Trad. Sonia Arribas. *Minerva: Revista del Círculo de Bellas Artes*, Madrid, n. 6, p. 35, 2007.
A ininterrupta desconfiança em relação a suspeitos de terrorismo torna cada vez mais comuns casos como o de Girma Belay, refugiado etíope em Londres, engenheiro naval, que foi confundido com um terrorista pela polícia, forçado a ficar nu, torturado e preso por seis dias, até que a polícia percebeu que se tratava de um engano. Curiosamente, horas antes da detenção de Girma Belay, também em Londres, o brasileiro Jean Charles de Menezes era igualmente confundido com um terrorista e morto pela polícia, após uma série de equívocos na operação policial (LAVILLE, Sandra. Victim of terror crackdown blames bombers for robbing him of freedom. *The Guardian*. Reino Unido, 4 ago. 2005. Disponível em: [www.theguardian.com/uk/2005/aug/04/july7.uksecurity1]. Acesso em: 28.12.2015).

25. KOTOMSKA, Malgorzata; HAGERAATS, Balder. La construcción de la paz y la guerra contra el terrorismo: ¿Conflicto de intereses?. Trad. por Natália González Caballero. *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, Madrid, n. 9, out., p. 2, 2008.

ra ao Terror) tenham colaborado tanto para o terrorismo quanto os próprios terroristas, demonstrando-se que, mais uma vez, o mal aparentemente menor (inúmeras violações de direitos humanos em prol do combate a organizações terroristas) produziu um mal maior (perpetuação do ciclo de violência que alimenta o terrorismo).[26]

Além disso, deve-se destacar que a prisão de Guantánamo (mas, não só ela) pode muito bem servir de exemplo privilegiado para que se compreenda até onde os Estados ditos democráticos podem chegar sob o pretexto da defesa da segurança do próprio Estado e de seus cidadãos, especialmente por ter sido essa prisão situada pelo governo de Georg Bush à margem da legalidade e pela conversão dos direitos humanos em elementos negociáveis.[27]

Citando estudo do ano de 2008 realizado por Markus Englerth, Lucas Rodríguez de las Heras menciona que, dos cerca de 800 presos no centro de detenção de Guantánamo, apenas 6 haviam sido declarados culpados pelas comissões militares constituídas para julgamento. Os demais sequer haviam sido julgados, alguns dos quais pelo motivo de insuficiência de evidências para condenação – apesar de, mesmo diante disso, não serem libertos.[28]

Em sentido inverso à Guerra ao Terror, a Construção da Paz é apontada por Malgorzata Kotomska e Balder Hageraats como uma das poucas dinâmicas positivas utilizadas no combate ao terrorismo, anterior aos atentados de 11 de setembro de 2001 aos EUA e característica do idealismo dos anos noventa, posterior à Guerra Fria.[29]

Nesse período, conforme os mesmos autores acima mencionados, teria se desenvolvido o conceito de Construção da Paz como uma forma de se resolver conflitos por medidas não violentas, sustentáveis e produtivas, constituindo-se uma alternativa diversa daquelas construídas com ênfase na segurança tradicional e militar presente na Guerra Global contra o Terrorismo (conquanto os

26. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?. In: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; ALCÁCER GUIRAU, Rafael (Coord.). *La respuesta del Derecho ante los nuevos retos*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 281.

27. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Lucas. Derecho Internacional Humanitario u lucha contra el terrorismo: El caso Guantánamo. In: *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, n. 6, mar.-ago., p. 174, 2014.

28. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Lucas. Op. Cit. p. 174.

29. KOTOMSKA, Malgorzata; HAGERAATS, Balder. Op. Cit. p. 2.

autores destaquem que, na Guerra Global contra o Terrorismo, se utilize, de maneira seletiva, assuntos de construção da paz).[30]

As medidas de Construção da Paz não se limitam a situações posteriores a um conflito, mas se destinam a constituir um programa permanente de construção, como, por exemplo, com o exercício da diplomacia preventiva.[31]

Por esse motivo, o fato de um país não sofrer diretamente com ataques terroristas não significa que o mesmo deva se abster do combate ao terrorismo. Diferentemente, o combate ao terrorismo deve ser um compromisso global, pautado unicamente na Construção da Paz e não na aderência de países à resposta violenta da guerra ao terrorismo.

Realizada a distinção acima, é indispensável se advertir que o conceito de Construção da Paz é atrativo também aos defensores da Guerra Global contra o Terrorismo, pois possibilita intervenções aparentemente legítimas em sociedades estrangeiras sob justificativas humanitárias. Contudo, essa justificativa humanitária é tomada por leituras seletivas, simbolicamente em prol da proteção de direitos sociais na região de intervenção, sendo que, intencionalmente, se ignoram outras situações de sofrimento humanitário mais evidente.[32]

Com essa mesma advertência, Franz Hinkelammert destaca que as intervenções humanitárias (consideradas uma espécie de humanismo abstrato, que não conhece limites por se proclamar a serviço do ser humano[33]) transformam países inteiros em terras queimadas, citando os exemplos de Sérvia, Afeganistão e Iraque. Com isso, deixa evidente o caráter ilusório da corriqueira distinção entre "boa causa" e "má causa", o que pode ser utilizado para análise da Guerra ao Terror. Como exemplo, o autor refere a conquista da América pela Espanha e por Portugal, ocasião na qual se considerava os seres humanos nativos como canibais que praticavam sacrifícios humanos ("má causa"), necessitados de salvação pela civilização cristã ("boa causa"), a qual em seus países de origem sacrificavam seres humanos ao queimar vivos hereges e bruxas (característica

30. KOTOMSKA, Malgorzata; HAGERAATS, Balder. Op. Cit. p. 2 e 6.

31. KOTOMSKA, Malgorzata; HAGERAATS, Balder. Op. Cit. p. 7.

32. KOTOMSKA, Malgorzata; HAGERAATS, Balder. Op. Cit. p. 8.

33. O autor adverte que o serviço ao ser humano prestado pelo humanismo abstrato está por transformar o Estado de Direito em seu contrário. Basta se considerar a afirmação, no âmbito do Estado de Direito, de campos de concentração como Guantánamo, a prática sistemática da tortura e o desaparecimento de pessoas. (HINKELAMMERT, Franz. Humanismo y violencia. *Polis: Revista Latinoamericana*, Chile, n. 18, 2008. Disponível em: [https://polis.revues.org/4194#quotation]. Acesso em: 18.01.2016).

não considerada nessa intervenção "humanitária"). Da mesma forma, a justificação da escravidão nos Estados Unidos, considerada necessária por um dos pais fundadores sob o argumento de civilizar os africanos.[34]

Em relação a essa concepção crítica do humanismo abstrato (propriamente, uma violência mascarada pelo argumento humanista), é esclarecedora a afirmação de um oficial torturador de Guantánamo, superintendente do "Camp Delta" da prisão, publicada no jornal norte americano *The Whashington Post*, ao se referir ao preocupante e crescente número de suicídios entre os detidos em Guantánamo, motivado pelo tratamento violento recebido pelos detentos:

> 'Se você não tem ideia do que vai acontecer com você, isso é extremamente estressante', disse ele. 'Mas se a missão é coletar inteligência e obter informações que sejam benéficas para o nosso lado, então o desespero e a depressão podem ser uma coisa boa'. Ao final, o torturador conclui: "Esse foi o ano mais importante que eu já vivi, porque eu estou convencido de que nós salvamos vidas."[35]

Esse mesmo raciocínio esteve presente como justificativa para a explosão da bomba atômica em Hiroshima, em relação a qual afirmou o piloto envolvido naquela operação militar: "Me atrevo a dizer que salvei milhões de vidas ao fazer isso, trabalho que me tomou dez meses e meio."[36]

É justamente esse raciocínio o que caracteriza situações limítrofes em relação, por exemplo, à utilização da tortura em se tratando de terrorismo: o embate entre meios e fins no tocante ao objetivo de obtenção de informações importantes para a prevenção de ataques terroristas futuros – raciocínio semelhante ao presente no utilitarismo de Jeremy Bentham, no qual se avalia uma ação por boa ou má em razão da sua tendência em produzir maior ou menor felicidade, de acordo com o interesse da maioria da sociedade.[37]

Além disso, as formas de tratamento do terrorismo (seja pela Guerra ao Terror ou pela Construção da Paz) demonstram diferentes modos de concepção

34. HINKELAMMERT, Franz. Op. Cit.

35. HIGHAM, Scott; STEPHENS, Joe; WILLIAMS, Margot. Guantanamo – A Holding Cell In War on Terror. *The Washington Post*. Washington, 2 mai. 2004. Disponível em: [www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A58702-2004May1_3.html]. Acesso em: 30.01.2016. (tradução nossa).

36. HINKELAMMERT, Franz. Op. Cit.

37. BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. (Os Pensadores). Publicado com a obra Sistema de lógica dedutiva e indutiva de John Stuart Mill. p. 4.

desse fenômeno: pela Guerra ao Terror, percebe-se o foco às formas pelas quais se manifesta o terrorismo e às consequências instantâneas do ato, circunstâncias utilizadas como justificativas para uma resposta igualmente violenta. Pela política de Construção da Paz, é notável o objetivo de compreensão dos problemas sociais que figuram como causas do terrorismo, objetivando-se a adequada solução desses problemas por meio de medidas em longo prazo e não estimuladoras do ciclo de violências.

4. O TRATAMENTO DO TERRORISTA EM SITUAÇÕES LIMITES: A TORTURA NO CASO DA BOMBA RELÓGIO

Alguns problemas envolvendo o tratamento do terrorismo, que também se comunicam com a (in)compreensão desse fenômeno, se relacionam diretamente com a configuração ideal do Direito Penal, preservando-se ou não postulados do Estado de Direito, para o adequado tratamento ao terrorismo ou a práticas de complexidade semelhante.

Nesse sentido, Raúl Carnevali questiona:

> (...) ¿el Derecho penal que podemos llamar 'clásico'-o Derecho penal del ciudadano- concebido para una criminalidad 'común' puede ser eficiente? Incluso, expuesto en términos más radicales, puede el Derecho penal en general -llámese Derecho penal del ciudadano o del enemigo- ser un medio idóneo y suficiente para enfrentar estos nuevos riesgos o más bien se debe recurrir a mecanismos esencialmente políticos?[38]

O autor segue sua exposição apontando duas posições principais a respeito do tema. A primeira delas, defendendo que existe uma maior eficácia na postura de respeito às garantias, que não devem ser limitadas. Por outro lado, verifica-se a defesa de um Direito Penal com regras de imputação e processuais menos rígidas quando se estiver a tratar de casos de especial gravidade, postura na qual se insere o Direito Penal do inimigo ou de "terceira velocidade".[39]

38. CARNEVALI, Raúl. El Derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, n. 35, dez., p.111, 2010.

39. CARNEVALI, Raúl. Op. Cit. p.114; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

Ao final, Raúl Carnevali conclui que, em sua opinião, o Direito Penal liberal próprio de um Estado de Direito pode muito bem ceder espaço a um Direito Penal autoritário, que confira maior enfoque à segurança ou a uma otimização na proteção de bens jurídicos. Nesse sentido, afirma que o próprio Cesare Beccaria, considerado como um dos principais pensadores do Direito Penal conhecido como clássico, admitia como necessária a pena de morte em alguns casos de defesa da segurança nacional,[40] motivo pelo qual a aplicação da pena de morte sequer poderia ser considerada uma traição ao ideal iluminista.[41]

Apesar de se entender aqui que Raúl Carnevali retira conclusões equivocadas da obra de Cesare Beccaria, por meio da referência a um trecho de seu livro fora do respectivo contexto,[42] concorda-se com o autor no sentido de que a mera referência à preservação de um Direito Penal iluminista não é suficiente para se impedir determinada prática jurídica. A defesa de um Direito Penal apegado a um paradigma imutável em suas características uniformes nega um dado histórico: o de que o sistema social (e, nele, o Direito) encontra-se em constante modificação. Deve-se ter claro, portanto, a inevitável alteração tem-

40. O autor se utiliza da seguinte passagem da obra de Cesare Beccaria: "La morte di un Cittadino non può credersi necessaria, che per due motivi. Il primo, quando anche privo di libertà, egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza, che interessi la sicorezza della Nazione; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di Governo stabilita. (...) io non veggo necessità alcuna di distruggere un Cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti (...)." (BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Edizione nuovissima. Veneza: Appresso Rinaldo Benvenuti, 1781. p. 57-58)

41. CARNEVALI, Raúl. Op. Cit. p.118.

42. No referido trecho utilizado por Raúl Carnevali, conquanto possa parecer que Cesare Beccaria admitia a prática da pena capital, na verdade, o autor apenas expôs dois argumentos hipotéticos para justificação dessa espécie de penalidade, os quais são logo após desconstruídos pelo mesmo autor. Em uma análise global de sua obra, percebe-se a crítica dirigida por Cesare Beccaria à pena capital, como, por exemplo, na seguinte passagem que reflete o contexto de sua obra: "Non è utilela pena di morte per esempio diatrocità, che dà agli uomini. Se le passioni, o la necessità della guerra hanno insegnato a spargere il sangue umano, le leggi moderatrici della condotta degli uomini non dovrebbono aumentare il fiero esempio, tanto più funesto, quanto la morte legale è data con istudio, e con formalità." (BECCARIA, Cesare. Op. Cit. p. 64). Também entendendo que Cesare Beccaria é um crítico à pena capital, tanto por argumentos jurídicos quanto por argumentos humanitários, está Norberto Bobbio. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 185).

poral das premissas do Direito Penal e a necessária discussão interminável a respeito de suas características.

Nesse embate entre a configuração de um tratamento mais rigoroso ou mais brando ao terrorismo, com uma maior ou menor flexibilização de garantias penais e processuais, algumas práticas se destacam como aquelas mais suscetíveis ao debate. Entre essas práticas, a tortura tem sido constante alvo de divergências (ao menos quando utilizada em situações excepcionais).

Primeiramente, a respeito de um conceito geral de tortura, deve-se considerar que a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984, promulgada no Brasil pelo Dec. 40, de 15.02.1991,[43] procurou esclarecer o que deve se entender por tortura em sua parte I, art. 1.1:

> 1. Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Considerando esse conceito de tortura adotado pela Convenção, Pilar Calveiro refere que a tortura não se cataloga como uma conduta irracional, mas como uma política estatal, executada, instigada ou consentida por agentes públicos.[44]

Por mais que ainda se constate, seja de maneira isolada ou não, essa prática por agentes públicos, em situações de normalidade (como a verificada em Guantánamo, por exemplo), não parece existir dificuldade em se compreender

43. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm]. Acesso em: 30.12.2015.

44. CALVEIRO, Pilar. La "verdad" de la tortura en las democracias. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Venezuela, v. 14, n. 2, mai.-ago., p. 75, 2008.

a tortura como um flagrante desrespeito aos direitos humanos, sendo que a própria normativa internacional mencionada veda expressamente essa prática.

Mas, em situações excepcionais, a problematização a respeito do seu uso passa a ser acompanhada de maiores controvérsias. Adota-se o caso da bomba relógio como exemplo singular para essa discussão: em determinada cidade, um grupo terrorista deposita uma bomba relógio em uma concorrida escola primária. Um suspeito de integrar o referido grupo terrorista é capturado, mas se nega a revelar em qual escola a bomba foi alojada. Diante dessa situação, questiona-se a legitimidade da utilização da tortura para a tentativa de obtenção dessa informação e, com ela, realizar o possível salvamento de centenas de vidas.[45]

Fernando Molina Fernández faz referência a caso real que produziu a mesma discussão, ocorrido na Alemanha no ano de 2002, no qual o filho de um banqueiro havia sido sequestrado, com posterior exigência de pagamento de resgate. Detido o presumível responsável pelo sequestro, o subdiretor da polícia de Frankfurt ordenou que o detido fosse ameaçado, de maneira convincente, de que seria torturado caso não revelasse o local no qual a vítima do sequestro se localizava. Sob a ameaça de tortura, o suspeito revelou o endereço no qual estaria a vítima, a qual foi encontrada já sem vida, pois havia sido assassinada em um momento anterior pelo detido, autor do sequestro. Ao final, o subdiretor da polícia de Frankfurt foi condenado a uma pena de multa, conquanto boa parte da população e juristas alemães tivessem considerado que, em situações excepcionais como essa, a tortura pudesse ser um mal menor, amparada pelo estado de necessidade.[46]

Retornando ao exemplo da bomba relógio, deve-se destacar inicialmente que esse caso abstrato normalmente é descrito de forma demasiadamente exagerada em se considerando a amplitude da ameaça terrorista, o que torna a situação fictícia mais alarmante do que suas possibilidades práticas – como quando se considera o terrorismo como uma ameaça à estabilidade de países estruturados ou quando se insere uma bomba nuclear ao exemplo.

45. CASTRO FÍRVIDA, José Luis. ¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo? In: *Dereito*: revista xurídica da Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, v. 22, n. 2, jul.-dez., p. 70, 2013. Disponível em: [www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/1412]. Acesso em: 30.12.2015.

46. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura? In: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; ALCÁCER GUIRAU, Rafael (Coord.). *La respuesta del Derecho ante los nuevos retos*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 277-278.

Em relação a isso, Eric Hobsbawn entende que a ameaça representada pelo terrorismo moderno para a estabilidade de países estáveis é irrisória.[47] Em suas palavras: "Embora eles matem muito mais gente do que seus predecessores – mas muito menos do que os Estados –, o risco de vida que causam é mínimo do ponto de vista estatístico. E, do ponto de vista da agressão militar, eles praticamente não contam. A menos que esses grupos ganhassem acesso a armas nucleares – o que não é impensável, mas não chega a ser uma perspectiva imediata –, o terrorismo pede cabeça fria, e não histeria."[48]

Em outra passagem, concluindo que o terrorismo se trata propriamente de um sintoma e não de um agente histórico significativo, o autor exemplifica: "Por mais horripilante que tenha sido a carnificina de 11 de setembro de 2001 em Nova York, o poder internacional dos Estados Unidos e suas estruturas internas não foram afetados em nada. Se ocorreram efeitos negativos posteriores, eles não se deveram à ação dos terroristas, e sim à do governo americano."[49]

Diante disso, a análise alarmante e utilitária aplicada ao caso fictício da bomba relógio não se justifica em um plano empírico, considerando-se que, até então, um ato terrorista não alcançou a gravidade que simbolicamente se costuma lhe outorgar.

Por isso a referência de Fernando Molina Fernández de que, em relação a caso envolvendo bomba relógio nuclear, deve-se admitir que se trata de uma situação hipotética que o próprio conhecimento histórico demonstra ser pouco possível de ocorrer, produzindo-se uma discussão estremada que apenas prejuízos produz às garantias constitucionais.[50]

Contudo, por mais que o terrorismo não represente uma ameaça relevante à manutenção de países estáveis, casos como o da bomba relógio, em proporções factíveis, devem ser considerados no debate a respeito do adequado tratamento a situações limites envolvendo o terrorismo. Mesmo que jamais represente um

47. Deve-se ter claro que a referência do autor se refere a países estáveis. Em casos particulares de países com estrutura precária, grupos insurgentes não necessariamente terroristas podem representar uma ameaça considerável.

48. HOBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 46.

49. HOBSBAWN, Eric. Op. Cit. p. 135.

50. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?. In: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; ALCÁCER GUIRAU, Rafael (Coord.). *La respuesta del Derecho ante los nuevos retos*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 282-283.

perigo concreto à humanidade, é inegável a capacidade do terrorismo moderno em produzir um número elevado de vítimas em um só atentado.

Adentrando nessa discussão a respeito da possibilidade de tortura em casos envolvendo o terrorismo, Raúl Carnevali, referindo-se a um mínimo indisponível fundado no respeito à pessoa e à dignidade humana, defende ser injustificada a tortura ou qualquer tratamento desumano em situações normais. Fazendo referência a Claus Roxin, sustenta que a superioridade moral do Estado em relação ao delinquente reside no fato de o primeiro não se utilizar dos mesmos meios que o segundo.[51]

Contudo, para casos excepcionais, nos quais se inserem os casos "ticking time bomb", igualmente entende injustificável a tortura, admitindo, contudo, a exclusão da culpabilidade do torturador em circunstâncias estritas, avaliáveis caso a caso.[52]

No mesmo sentido, José Luis Castro Fírvida, defendendo a admissibilidade da utilização da tortura em exemplos como o da bomba relógio (relacionando-o com os institutos da legítima defesa e do estado de necessidade, conhecidos no Direito Penal), destaca a distinção de casos como esse em relação à conhecida utilização sistemática da tortura promovida pelos Estados Unidos em Guantánamo e Abu Ghraib, seja com a finalidade de interrogatório ou pela simples razão da suspeita de pertencimento a um grupo terrorista.[53]

Diferentemente, sob um aspecto normativo, a própria Convenção Contra a Tortura antes mencionada, em sua parte I, art. 2.2, estabelece uma proibição absoluta para a tortura:[54] "2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura."

Não se limitando à normativa internacional, Luís Greco defende que, em se tratando de argumentação jurídica e moral, não se deve admitir exceções, ou seja, pontos de vista que apenas são relevantes em situações *ad hoc*. Para o autor, considerando que a tortura é uma violação à dignidade humana, em se aceitando a tortura em situações excepcionais (seja admitindo uma excludente da ilicitude ou uma causa exculpante), consequentemente se estaria estabelecendo

51. CARNEVALI, Raúl. Op. Cit. p. 120.

52. CARNEVALI, Raúl. Op. Cit. p. 137-138.

53. CASTRO FÍRVIDA, José Luis. Op. Cit. p. 75.

54. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm]. Acesso em: 30.12.2015.

implicitamente a regra segundo a qual a dignidade seria disponível, algo passível de perda em razão do comportamento do agente ("regra da caducidade").[55]

Por outro lado, o mesmo autor apresenta crítica ao entendimento de que a tortura apenas seria permitida em casos nos quais a dimensão do dano a ser evitado ultrapassa certos limites (como é o caso, a princípio, da bomba relógio). Trata-se de um raciocínio consequencialista, segundo o qual a dignidade humana somente seria respeitada quando os custos desse respeito não ultrapassassem determinado limite ("regra dos custos"). Consequentemente, o ser humano poderia ser instrumentalizado para o alcance de finalidades de grande importância, justificando-se, por exemplo, a tortura dos filhos de um terrorista para que o mesmo confesse.[56]

No mesmo sentido, também fazendo referência à possibilidade de tortura dos filhos de um terrorista pela lógica da "regra dos custos" no caso "ticking bomb", Fernando Molina Fernández se questiona em que resultaria nosso precioso e delicado sistema de direitos diante dessa permissão. Destaca o autor: "El argumento de la *ticking bomb* opera como un caballo de Troya. Le abrimos las puertas y finalmente la fortaleza de los derechos humanos es tomada. Hemos, como mucho, salvado una situación concreta a cambio de condenar un número incontable de otras."[57]

Por essa referência, percebe-se a impossibilidade de aplicação da exculpante do estado de necessidade ao torturador no caso da bomba relógio. Por mais que o atentado terrorista venha a ser evitado em razão da obtenção de informação por meio da tortura, o resultado benéfico apenas é verificado de maneira imediatista. Os custos da tortura, independentemente de sua finalidade imediata, serão sentidos ao longo do tempo (pelo progressivo aumento da aceitação da tortura, pela desvalorização do ser humano e do respeito incondicional ao outro, pela exposição de inocentes à prática dessa violência etc.).

Em razão disso, o estado de necessidade, para que seja aplicável, deve sempre exigir a valoração complexa dos bens jurídicos em conflito. Ou seja, neces-

55. GRECO, Luís. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*. Trad. de Eduardo Javier Riggi. *Revista para el Análisis del Derecho*, Madrid, n. 2, p. 11, 2007. Disponível em: [http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2285656]. Acesso em: 15.01.2016.

56. GRECO, Luís. Op. Cit. p. 12.

57. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Op. Cit. p. 280.

sita-se avaliar tudo o que está em jogo, comparando-se o mundo sem a ação justificada e com a ação justificada.[58]

Além disso, ao tratar da cláusula de adequação do estado de necessidade exculpante, Claus Roxin refere que essa cláusula, além de estipular uma cuidadosa ponderação entre os interesses em conflito, determina que a dignidade humana não seja suscetível de ponderações relativizadoras, constituindo-se em um critério absoluto. Para ilustrar esse raciocínio, o autor se utiliza de exemplo semelhante, também envolvendo a tortura de terroristas.[59]

Desse modo, a pretendida disponibilidade em relação à dignidade humana pelos defensores da tortura no caso da bomba relógio não deve ser aceita, pois a dignidade humana deve ser concebida como um valor deontológico – independente de qualquer consideração a respeito das consequências produzidas pelo seu respeito.[60]

Além disso, mais do que uma mera proibição legal ou inconformidade com uma formatação definida de Direito Penal, a tortura deve ser proibida em quaisquer circunstâncias por sua incompatibilidade com a política de Construção da Paz no tratamento do terrorismo, prezando-se por valores humanistas no combate a esse fenômeno.

Diferentemente do humanismo abstrato antes mencionado, que, com a bandeira do humanismo, produz inúmeras violações aos direitos humanos, deve-se defender, também no tratamento ao terrorismo em situações limites, o respeito a um humanismo concreto, que se apresenta como um movimento de emancipação (dos escravos, dos trabalhadores, das mulheres etc.). Esse humanismo se caracteriza por uma autorreflexão que não se reduz a suas metas, mas que considera também os meios utilizados para o alcance de seus objetivos. Dessa forma, alguns meios, mesmo que aparentemente sejam adequados ao alcance das metas do humanismo, são necessariamente proibidos. Nesse contexto, a violência não pode ser um meio para a emancipação do humanismo concreto, o que não representa a adoção de um pacifismo absoluto; a violência não pode passar de um meio absolutamente excepcional, sempre acompanhada de sua crítica.[61]

58. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Op. Cit. p. 279.

59. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 716-717.

60. GRECO, Luís. Op. Cit. p. 16.

61. HINKELAMMERT, Franz. Op. Cit.

Nesse sentido, a proibição da tortura deve ser considerada como uma forma de recuperação/preservação do humanismo,[62] não podendo ela ser aceita como meio legítimo para o alcance de qualquer objetivo, mesmo que seja o de salvar vidas.

Como referido por Franz Hinkelammert, "La tortura, la bomba atômica, la estratégia de globalización: todo salva vidas."[63] Nisso consistem as formas violentas de tratamento do terrorismo: o pretendido alcance de objetivos humanitários (ou simplesmente a utilização do efeito simbólico desses objetivos, quando se pretenda verdadeiramente outros objetivos) por meio de violações à dignidade humana, por vezes tornando mais distante ainda o objetivo almejado.

5. Conclusão

Entre os diversos temas emergentes envolvendo o Direito Penal, o terrorismo pode ser considerado um dos temas de maior complexidade em seu estudo. Considerando-se isso, deve-se rejeitar qualquer tratamento jurídico-penal ao terrorismo proveniente de uma análise simplista desse fenômeno.

Diferentemente, como todo problema social a ser enfrentado, o terrorismo demanda um exame detalhado de suas causas, muito além da análise de suas formas de manifestação, para que possam ser desenvolvidas políticas que sejam positivas no combate ao terrorismo.

Por esse motivo, as posturas caracterizadas pela Guerra ao Terror, centrada na repressão ao terrorismo com respostas violentas, não fornecem resultados benéficos no combate ao terrorismo, pois tendem a limitar sua atenção às consequências imediatas dos atos terroristas. Além de o terrorismo dificilmente possuir todo o potencial ofensivo que se imagina pela análise dessas consequências, percebe-se que as táticas de Guerra ao Terror funcionam como disseminadoras do próprio terrorismo que visam combater, produtoras de ainda mais violações aos direitos humanos e difusoras do sofrimento de determinadas populações.

Deve-se ter claro, contudo, que a Guerra ao Terror nem sempre se declara como tal, muitas vezes camuflada por mensagens humanistas, como em mui-

62. Por isso a afirmação de Thich Nhat Hanh de que "Não há 'boa causa' para a tortura. O torturador é a primeira vítima porque perde toda a sua humanidade e a si mesmo quando faz dano a outros." (HANH, Thich Nhat. *Serenando a mente*: o olhar budista sobre o medo e o terrorismo. Trad. Ricardo Anibal Rosembusch. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 50).

63. HINKELAMMERT, Franz. Op. Cit.

tas das autodeclaradas intervenções humanitárias, o que acaba por legitimar práticas desumanas em favor do ser humano – como é o caso da tortura de terroristas para o fim de obtenção de informações.

Conforme alertado por Franz Hinkelammert, "Estamos enfrentados con un mundo de la deshumanización de lo humano. Pero, esta deshumanización se presenta a sí misma como servicio al ser humano."[64]

Deve-se desconstruir de maneira crítica, portanto, a comunicação estabelecida em relação a estratégias de combate ao terrorismo para que se possa identificar seu verdadeiro caráter.

Diferentemente da estratégia de Guerra ao Terror (principalmente quando utiliza a bandeira humanitária para justificar suas violações aos direitos humanos), deve-se defender a utilização da estratégia de Construção da Paz para o combate ao terrorismo, levando-se em consideração todos os problemas sociais que servem de causa para a violência terrorista.

Com essa estratégia, qualquer medida violadora dos direitos humanos e promotora do ciclo de violências deve ser evitada, mesmo que em situações extremas como o caso exemplificativo da bomba-relógio.

Essa postura, entretanto, não significa, necessariamente, a adoção de um pacifismo absoluto. Nas palavras de Thich Nhat Hanh, "(...) a não-violência absoluta é impossível. Mas sempre é possível sermos menos violentos."[65] Nesse sentido, mesmo em situações extremas, é possível agir em prol da construção da paz.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMNISTÍA INTERNACIONAL. *La tortura como receta*: de la lucha antiterrorista a la represión de la primavera árabe. Madrid: Amnistía Internacional, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. Terrorismo y religión. Trad. de Sonia Arribas. *Minerva: Revista del Círculo de Bellas Artes*, Madrid, n. 6, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Edizione nuovissima. Veneza: Appresso Rinaldo Benvenuti, 1781.

64. HINKELAMMERT, Franz. Op. Cit.

65. HANH, Thich Nhat. *Serenando a mente*: o olhar budista sobre o medo e o terrorismo. Tradução de Ricardo Anibal Rosembusch. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p. 52.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1984. (Os Pensadores). Publicado com a obra Sistema de lógica dedutiva e indutiva de John Stuart Mill.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALVEIRO, Pilar. La "verdad" de la tortura en las democracias. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Venezuela, v. 14, n. 2, mai.-ago. 2008.

CARNEVALI, Raúl. El Derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, n. 35, dez. 2010.

CASTRO FÍRVIDA, José Luis. ¿Es la tortura aceptable en la lucha contra el terrorismo? *Dereito*: revista xurídica da Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, v. 22, n. 2, jul.-dez. 2013. Disponível em: [www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/1412]. Acesso em: 30.12.2015.

CHAOUCH, Malik Tahar. Intervención militar en Irak: seguridad, democracia y guerra contra el terrorismo. *Historia crítica*, n. 26, dez. 2003. Disponível em: [www.redalyc.org/articulo.oa?id=81111315004]. Acesso em: 30.12.2015.

CHOMSKY, Noam. *11 de setembro*. Trad. Luiz Antonio Aguiar. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo. Las ciencias sociales ante el problema del terrorismo. *Vínculos de historia*, Madrid, n. 3, 2014.

GOODENOUGH, Patrick. Administration's Poverty-Islamic Terrorism Link Has Been Challenged by Studies. In: *CNS News*. Washington, 19 fev. 2015. Disponível em: [www.cnsnews.com/news/article/patrick-goodenough/administration-s-poverty-islamic-terrorism-link-has-been-challenged]. Acesso em: 31.12.2015.

GRECO, Luís. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*. Trad. Eduardo Javier Riggi. *Revista para el Análisis del Derecho*. Madrid, n. 2, 2007. Disponível em: [http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2285656]. Acesso em: 15.01.2016.

HANH, Thich Nhat. *Serenando a mente*: o olhar budista sobre o medo e o terrorismo. Trad. Ricardo Anibal Rosembusch. Petrópolis: Vozes, 2007.

HIGHAM, Scott; STEPHENS, Joe; WILLIAMS, Margot. Guantanamo – A Holding Cell In War on Terror. *The Washington Post*. Washington, 2 mai. 2004. Disponível em: [www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A58702-2004May1_3.html]. Acesso em: 30.01.2016.

HINKELAMMERT, Franz. Humanismo y violencia. *Polis: Revista Latinoamericana*. Chile, n. 18, 2008. Disponível em: [https://polis.revues.org/4194#quotation]. Acesso em: 18.01.2016.

HOBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KOTOMSKA, Malgorzata; HAGERAATS, Balder. La construcción de la paz y la guerra contra el terrorismo: ¿Conflicto de intereses?. Trad. Natália González Caballero. In: *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, Madrid, n. 9, out. 2008.

LAVILLE, Sandra. Victim of terror crackdown blames bombers for robbing him of freedom. In: *The Guardian*, Reino Unido, 4 ago. 2005. Disponível em: [www.theguardian.com/uk/2005/aug/04/july7.uksecurity1]. Acesso em: 28.12.2015.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?. In: CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; ALCÁCER GUIRAU, Rafael (Coord.). *La respuesta del derecho ante los nuevos retos*. Madrid: Dykinson, 2006.

PAVÓN-VILLAMAYOR, Víctor; VELÁZQUEZ ROA, Jorge. ¿Es la pobreza la causa del terrorismo? *Foro Internacional*, México, v. 46, n. 2, abr.-jun. 2006. Disponível em: [http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2670640]. Acesso em: 31.12.2015.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Lucas. Derecho Internacional Humanitario u lucha contra el terrorismo: El caso Guantánamo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Madrid, n. 6, mar.-ago. 2014.

SIKH. *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O Estado Islâmico e os atentados terroristas em Paris – tristezas, incertezas e suas ligações com o crime organizado, de Rodrigo Carneiro Gomes – *RT* 963/293-307 (DTR\2016\188);
- O respeito às garantias e liberdades individuais e o combate ao terrorismo, de Rodrigo Carneiro Gomes – *RT* 874/411-428 (DTR\2008\539); e
- Os direitos e garantias fundamentais atinentes à intolerância religiosa e a relação com o terrorismo, de Antonio Baptista Gonçalves – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 8/1089-1127 (DTR\2015\11470).

A MÍDIA COMO INSTÂNCIA INFORMAL DE CONTROLE DO DELITO A PARTIR DA ANÁLISE DO FILME *O PAGADOR DE PROMESSAS*

THE MEDIA AS AN INFORMAL FORUM CRIME CONTROL FROM THE ANALISE OF THE MOVIE O PAGADOR DE PROMESSAS

EDUARDO CAMBI

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (Unipar). Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Coordenador Nacional do Projeto João Cidadão de Educação em Direitos Humanos do CNMP. Coordenador Estadual do Movimento Paraná sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Diretor Financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (Fempar). Diretor de Pesquisa do Instituto Paranaense de Direito Processual. Foi assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2012-2014). Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná.
Promotor de Justiça no Estado do Paraná.
eascambi@mppr.mp.br

MATHEUS GOMES CAMACHO

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.
Coordenador do Núcleo de Educação em Direitos Humanos da UENP. Advogado.
matheus_camacho14@hotmail.com

Recebido em: 10.11.2015.
Aprovado em: 05.05.2016.
Última versão dos autores: 12.05.2016.

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo examina o papel da mídia como mecanismo informal de controle social do delito. Faz-se uma análise comparativa entre criminologia e cinema, a partir do filme *O pagador de promessas*, de Dias Gomes. Pretende-se demonstrar como as relações de poder

ABSTRACT: The present article aims to evidence the media proceeding as an informal mechanism of social control of crime. Through literature review it is used in a comparative analysis between criminology and cinema from the media performance in the movie *O pagador de*

CAMBI, Eduardo; CAMACHO, Matheus Gomes. A mídia como instância informal de controle do delito a partir da análise do filme *O pagador de promessas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 125, p. 305-335, nov. 2016.

permeiam os meios de comunicação em massa, impondo aos cidadãos padrões de conduta a ser seguidos, conforme os anseios da classe hegemônica, que detém o poder e interfere nos fatos que devem – e como devem – ser noticiados. Para tanto, é preciso investigar como são estruturados os noticiários, bem como atuam as instâncias de controle do delito. Em seguida, procura-se demonstrar como a mídia seleciona condutas a ser defendidas ou incriminadas, conforme atendam ou não aos seus desejos, para que se compreenda sua atuação como mecanismo informal de controle do delito.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia – Controle social do delito – *O pagador de promessas.*

promessas, from Dias Gomes. It is an attempt to demonstrate how power relations permeate the mass media, imposing citizens standards of conduct to be followed, according to the yearnings of the hegemonic class, who detains the power and orders what should – and how should – be reported. To achieve this proposition, it will be sought the determination of how the news are structured, as well as the crime control instances act. Then, will be demonstrate how media selects conducts to be defended or incriminated, as they answer or not its wishes, so that, after evidences up its operations as an informal mechanism of crime control.

KEYWORDS: Media – Social control of crime – Movie *O pagador de promessas.*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. *O pagador de promessas:* relato da obra – 3. O recorte fático realizado pela mídia – 4. A diagramação dos noticiários – 5. Os mecanismos de controle social do delito – 6. A mídia como agência informal de controle do delito – 7. Conclusões – 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a aproximar o Direito da sociologia e do cinema, asseverando a *interdisciplinaridade* da ciência jurídica. Para tanto, realizar-se-á uma análise de conteúdo da obra cinematográfica *O pagador de promessas*, de Dias Gomes, com o intuito de demonstrar a atuação midiática como instância informal de controle do delito. Por meio deste filme, é possível estimular o pensamento crítico sobre como a ideologia dominante está impregnada na formação da opinião pública.

Há vários meios para controlar a conduta dos membros da sociedade. Existem mecanismos formais e informais de contenção do delito. A mídia se insere entre os mecanismos de controle *informais* dos delitos. Isso porque os meios de comunicação em massa selecionam, dentre os acontecimentos, quais devem ser e como devem ser noticiados. Tal seleção é norteada pela ideologia seguida pela linha editorial e respeita os interesses dos anunciantes. Os padrões de conduta sociais aceitos – e não aceitos – pela mídia sofrem influência das classes detentoras de poder econômico e político que controlam ou exercem influência direta nos meios de comunicação de massa.

A atuação midiática será elucidada, assim, a partir da análise cinematográfica do filme supracitado. Com isso, pode-se romper com a compreensão estritamente dogmática do Direito, para estimular outras visões políticas, sociais e humanistas necessárias para a adoção de posturas mais críticas para questionar a relação entre a criminalidade e a mídia.

O filme *O pagador de promessas* foi elaborado em 1962, baseado na peça teatral de Dias Gomes e dirigido por Anselmo Duarte. É o único filme brasileiro a conquistar a Palma de Ouro, no festival de Cannes, tendo também sido indicado ao Oscar na categoria Melhor filme estrangeiro.

O filme versa sobre a influência ideológica existente por detrás das notícias. Retrata uma sociedade machista e preconceituosa, principalmente em relação às religiões de matriz africana. Mostra uma versão da Igreja Católica não só preocupada em espalhar a fé, mas que também teme as influências externas, notadamente as de cunho político. Com isso, o presente texto busca evidenciar as relações de poder que entremeiam a sociedade e o Direito. Propõe uma relação simbiótica entre a sociedade, o Direito e a mídia.

Essa influência fica evidente no decorrer do filme, mas ganha especial relevo no diálogo entre a personagem Zé do Burro e o jornalista, quando surge a frase: "Não há quem não tenha medo da imprensa". Ela expressa o medo de a conduta estar em desconformidade com a ideologia dissipada pela mídia, o que pode acarretar sanção de índole moral. Discute-se, assim, o poder da mídia em conformar condutas de acordo com os padrões desejados pela classe detentora de poder.

O trabalho aprofunda o exame das interferências da mídia nas instâncias de controle do delito, com o objetivo de constatar como a opinião pública está – paradoxalmente – impregnada pelo discurso privado dos detentores dos meios de comunicação. Por isso, é necessário questionar como são selecionados os fatos a ser noticiados e de que forma a mídia atua como instância de controle social do delito.

O texto inicia com o relato do filme *O pagador de promessas*, passa pela análise de como os meios de comunicação noticiam os fatos e encerra com a discussão sobre a relação da mídia com a criminalidade.

Para a consecução dos objetivos propostos pelos autores, utilizar-se-á do método dedutivo, por intermédio de revisão bibliográfica de obras das áreas da teoria social marxista, teoria da comunicação, e da criminologia crítica, para, a partir das obras de Michel Foucault, Gilles Deleuze, Patrick Charaudeau, Sérgio Shecaira e Marília de Nardin Budó, compreender como a mídia pode funcionar como instrumento informal de controle social.

2. *O PAGADOR DE PROMESSAS:* RELATO DA OBRA

A obra de Dias Gomes, dirigida por Anselmo Duarte,[1] relata a saga de Zé do Burro, homem ingênuo e crédulo, residente no sertão baiano, que pede à Santa Bárbara que salve seu burro, ferido por um galho de árvore. Após a recuperação do animal, para cumprir a sua promessa, Zé do Burro carrega uma cruz em seus ombros, por sete léguas, até deixá-la no altar da Igreja de Santa Bárbara, na cidade de Salvador.

A trajetória – realizada em companhia de sua esposa, Rosa – foi motivada por uma promessa feita pelo protagonista à Iansã, Orixá feminino ligado às tempestades e aos trovões. De forma sincrética, é associada à figura católica de Santa Bárbara – consistente na cura de seu melhor amigo, Nicolau, um burro. A razão pela escolha da Igreja de Santa Bárbara não é, pois, aleatória: Nicolau se ferira gravemente durante uma forte chuva.

Em razão do horário em que chegou ao templo, Zé do Burro encontrou sua porta fechada. Rosa, sua mulher, fatigada daquela promessa, não queria esperar mais duas horas, até que a próxima missa se iniciasse, para que seu marido pudesse pagar a promessa. Nesse momento, surge o personagem Bonitão, sujeito galanteador e proxeneta, que, aproveitando-se da extrema ingenuidade de Zé do Burro, leva Rosa para um hotel, onde mantém um envolvimento *furtivo*.

Quando a missa inicia, o protagonista conversa com o padre da paróquia, pedindo permissão para adentrar com a cruz na Igreja e, assim, cumprir a sua promessa. Todavia, quando o padre sabe que Zé do Burro prometeu – em um terreiro de Candomblé à Iansã (e não à Santa Bárbara) – dividir suas terras com os mais pobres, e que carregava "uma cruz tão pesada como a de Cristo", o sacerdote, tomado de cólera, proíbe sua entrada na igreja.

A mídia faz dos fatos a *reportagem de sensação* do dia. Zé do Burro é entrevistado, sua façanha é elogiada e ele é aclamado como herói. Nesse contexto, a mídia modifica a sua fala: em vez de dizer que Zé repartiu seu sítio como parte da promessa, o repórter noticia de que ele é favorável à reforma agrária, como forma de inserir em sua fala um discurso comunista que, na conjuntura política e social brasileira de 1962, gera enorme perplexidade.

---

1. *O pagador de promessas* [filme]. Direção e roteiro: Anselmo Duarte. Diálogo: Dias Gomes. Interpretação: Leonardo Vilar, Gloria Menezes, Dionísio Azevedo, Geraldo Del Rey, Roberto Ferreira, Norma Bengell. Gênero: drama. Brasil: Cinesditri / Estúdios Gravason, São Paulo, 1962. 92min. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=-vUyDvdB-0u8]. Acesso em: 17 mai. 2015.

O repórter tenta dialogar com o padre, que se mantém firme na proibição da entrada de Zé do Burro na igreja. Tentando dar maior conotação sensacionalista aos fatos, o jornalista simula preocupar-se com a dor do herói e diz que "a causa não é somente sua; é também do jornal... e sendo do jornal, é do povo". Também promete a ele uma entrada triunfal na igreja e passeio com carro aberto até o Palácio do Governo, onde ele seria cumprimentado por determinado candidato, investidor do jornal, com o intuito de aumentar a popularidade deste – mesmo não sendo essa a vontade de Zé.

O filme mostra o poder da mídia em informar e conformar a opinião pública. O poeta da região se oferece para relatar o conflito entre Zé e o padre. Usando rimas ácidas, procura pressionar o sacerdote a autorizar o ingresso da cruz na igreja. Aos poucos, a população começa a se aglomerar em frente ao templo, como forma de repudio à atitude da igreja.

Preocupados com a repercussão política, os clérigos se reúnem para tomar uma decisão que reestabeleça seu prestígio. Apresentam à Zé do Burro a oportunidade de refazer sua promessa dentro de uma Igreja Católica e remir seus pecados, por ter frequentado um terreiro de Candomblé. Teimoso, o protagonista mantém-se firme em seu propósito. Sua atitude começa a tomar proporções inesperadas. A mídia divulga que ele realiza milagres – e algumas pessoas começam a segui-lo.

Por sua vez, Bonitão, agora seu rival, comunica à polícia o seu discurso comunista e o modifica, deslegitimando sua versão dos fatos: a verdade de Zé do Burro já não existe, o que há é a verdade midiática e a verdade propalada por Bonitão, pessoa da confiança de influentes agentes estatais. Nesse passo, a polícia ingressa no local para ouvir Zé. Mas sua palavra deixa de gozar de credibilidade. As outras versões, já deturpadas, são as que importam e legitimam a atuação policial. Há um tumulto na tentativa de impedir sua prisão. Ouvem-se tiros. Zé do Burro está morto. Fora condenado sumariamente.

O protagonista é carregado pelos braços do povo, que esteve ao seu lado durante sua saga. Os transeuntes colocam seu corpo sobre sua cruz e a carregam para o altar, cumprindo, assim, sua promessa. Sua teimosia e ingenuidade, quiçá de um burro, aliadas – principalmente – ao poder da mídia em alterar a realidade, o conduziram à morte.

3. O recorte fático realizado pela mídia

A *mídia*, no contexto do presente trabalho, compreende as empresas de comunicação, investidas de funções públicas, abrangendo as emissoras de rádio e televisão, cinema, sítios eletrônicos, jornais e revistas. Adota-se o termo

mídia como sinônimo de *meio de comunicação de massa*. A palavra *mídia* deriva do latim *media*, que significa "meios", no plural. É utilizada para designar os objetos tecnológicos capazes de transmitir informação para um extenso público. Os ingleses, primeiros teóricos acerca do tema, utilizaram-se do termo sob a pronúncia "mídia". Entretanto, os estudiosos brasileiros, ao se apropriar da terminologia inglesa, empregaram-na como se fosse uma palavra feminina e no singular – a mídia.

Devido à imensa gama de fatos que se sucedem, incumbe à mídia selecionar aqueles que se tornam notícias. Essa escolha se dá de acordo com a relevância ou a capacidade dos fatos em despertar algum interesse nos espectadores. Notícia é definida, por Nilson Lage, como "o relato de um fato novo, ou de uma série de fatos novos relacionados ao mesmo evento, a partir do aspecto mais relevante".[2] Entretanto, a notícia é muito mais que uma descrição objetiva e pretensamente neutra da realidade. A notícia ajuda a produzir a realidade social, pois, no processo de descrição, ela define e dá forma aos acontecimentos.[3]

A seleção dos acontecimentos a ser apresentados ao destinatário da comunicação não ocorre de forma aleatória. Preocupa-se com a *hierarquização* dos fatos, com o escopo de despertar curiosidade, sensações (que oscilam do amor ao ódio) e ações de consumo. As notícias são resultado da complexa interação social entre os jornalistas e as fontes de informação, entre os jornalistas e a sociedade, e entre os membros da comunidade profissional dentro e fora das agências de comunicação social.

Em razão do pluralismo social, cultural ou político, a mídia precisa atingir o máximo de indivíduos. Afinal, ela, como toda empresa privada, precisa vender e almejar o lucro.[4] Para tanto, adota-se uma linguagem-padrão, objetiva, clara

2. LAGE, Nilson. Estruturas de textos noticiários. *Nas telas da mídia*. Maria Inês Ghilard e Valdir Heitor Barzotto (orgs.). Campinas: Editora Alínea, 2002. p. 58.

3. "(...) constata-se que actualmente a primeira preocupação da imprensa é de ordem econômica; já não é mais a sua independência face ao poder político que está hoje em dia ameaçada, mas a sua autonomia financeira. Para sobreviver, um jornal tem necessidade de leitores que são mais frequentemente consumidores do que cidadãos (...) ora, se um jornal se faz portador de opiniões não partilhadas pela maioria, perderá a sua audiência; assiste, pois, a uma evolução da imprensa no sentido do fornecimento de informações ditas consensuais, que não ferem, que não incomodam (...)" (MADOUX, Martine Ract. Criminalidade, processo penal e meios de comunicação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 2, abr.-jun. p. 227-228, 1999).

4. ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e mídia: os usos sociais do crime e da violência na luta por poder simbólico. *Ciências penais. Perspectivas e tendências da*

e simples, livre de adjetivos e advérbios que expressem juízo de valor, abstendo-se do uso de mesóclises e com raro emprego de ênclises. As palavras mais técnicas são utilizadas apenas quando indispensáveis e seguidas de explicações breves,[5] para permitir a compreensão universal.

A graduação dos fatos que se tornam notícia segue a *teoria da relevância*, pela qual a mente humana busca obter o maior número de informações com o mínimo esforço possível.[6] Ainda, a notícia apenas constata, mas não argumenta. Relata o fato para o espectador e se sujeita a uma seleção predeterminada – sob fatores como proximidade, atualidade, oportunidade, intensidade ou abrangência, empatia de personagens e situação –, com o objetivo de aumentar o poder de convencimento e de persuasão dos meios de comunicação de massa.[7]

Há critérios para definir a importância de uma notícia, tais como: (i) pelo *ineditismo*, em que a notícia inédita é mais importante do que a já publicada; (ii) pela *improbabilidade*, quando a notícia menos provável é mais importante do que a esperada; (iii) pelo *interesse*, uma vez que quanto mais pessoas possam ter sua vida afetada pela notícia, mais importante ela é; (iv) pelo *apelo*, pois quanto maior é a curiosidade que a notícia possa despertar, mais importante ela se torna; (v) pela *empatia*, pois quanto mais pessoas puderem se identificar com o personagem e a situação da notícia, mais relevante ela é.[8]

Esses elementos estão presentes na forma como foi noticiada a façanha de Zé do Burro em *O pagador de promessas*. A história peculiar de um homem que carregou, por sete léguas, uma cruz como a de Jesus – e estava sendo impedido

---

contemporaneidade. Ney Fayet Júnior e André Machado Maya (orgs.). Curitiba: Juruá, 2011. p. 119.

5. LAGE, Nilson. Op. cit. p. 67.
6. Nilton Hernandes cita trabalhos de autores para mostrar que o tempo médio para prender a atenção do público era de 15 minutos. Na década de 1960, esse tempo caiu para 8 minutos e, em 1970, para 4 minutos. Nos anos 90, muitas emissoras trabalhavam com a hipótese de que a atenção média pode se manter por, no máximo, 3 minutos, e algumas reduziram essa estimativa para 90 segundos. Cf. *A mídia e seus truques: o que jornal, revista, TV, rádio e internet fazem para captar e manter a atenção do público*. São Paulo: Contexto, 2006. p. 101.
7. CHAUÍ, Marilena. *Simulacro e poder:* uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006. p. 45.
8. MIRANDA, Iraildes Dantas. *Manual de redação (Folha de São Paulo)*. p. 72. Disponível em: [www.acmcomunicacao.com.br/wp-content/midias/Manual-de-Redacao-Folha-de-SP.pdf]. Acesso em: 13 ago. 2015.

de entrar na igreja para pagar sua promessa, em razão do preconceito com as religiões africanas – apresenta o ineditismo, a improbabilidade, o apelo e a empatia. Ressalte-se que os fatos ocorreram na Bahia, local onde há forte influência das crenças afro-brasileiras. Para despertar o maior interesse no público, a reportagem é noticiada nos jornais com a seguinte manchete: *Novo Cristo prega revolução*. Além disso, a *concorrência* no campo jornalístico aumenta a busca incessante pelo *furo* (isto é, pela apuração de uma notícia, de um fato ou de um dado qualquer, por um veículo antes que os demais concorrentes tenham acesso a ela) e a tendência em privilegiar, muitas vezes sem a devida discussão, a informação mais recente e de acesso mais difícil ou a interpretação sutil e paradoxal.[9]

É preciso advertir que os meios de comunicação se valem de um processo trifásico para relatar os fatos, caracterizado pela *pinçagem*, pela *remontagem* e pelo *esquecimento/negação*.[10] No primeiro momento, escolhem os fatos relevantes. Na segunda fase, remontam os aspectos que interessam à mídia, enquanto empresa privada, com a preocupação de criar uma sensação de realidade e de verossimilhança à notícia. Por último, há o "esquecimento" ou a negação de pontos que são considerados desnecessários. Isso também dá margem à apreensão da realidade a partir da ideologia e dos interesses da empresa e de seus mantenedores.

Esse processo trifásico está presente no filme *O pagador de promessas*. O repórter, em conversa com Zé do Burro, considera relevante a informação de que ele cumpria uma promessa, consistente em carregar uma cruz até a igreja de Santa Bárbara e repartir sua propriedade rural com alguns produtores mais pobres que ele. Eis aí a *pinçagem*. Entretanto, isso, por si só, não rende uma notícia. Foi necessária sua *remontagem*: alterou-se o discurso de Zé do Burro, pessoa leiga e iletrada, afirmando ser ele favorável à reforma agrária. Porém, noticiar a razão real que o trouxe até ali era prescindível, sendo ela *esquecida*.

Após a seleção do que deve ser veiculado, é preciso que a notícia passe por três *filtros* antes de ser publicada: a *linha editorial*, a *influência das empresas patrocinadoras* e a *ideologia dominante* dos jornalistas da empresa de comunicação.[11] Determinam-se as notícias que serão publicadas, não raro, com limitação

9. BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos:* táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Joger Zahae, 1998. p. 99.

10. HERNANDES, Nilton. Op. cit. p. 27.

11. MELO, Filipe Reis. *A mídia como instrumento de controle social*. p. 2. Disponível em: [http:// pos.estacio.webaula.com.br/Biblioteca/Acervo/Basico/POS330/Biblioteca_6772/MIDIA%20E%20CONTROLE%20SOCIAL.pdf]. Acesso em: 15 jul. 2013.

do teor das críticas, que devem ser sutis, para que o público não as perceba e acredite que o veículo de informação é imparcial. Os fatos, para ser convincentes, devem vir bem estruturados e ser sentidos pelo público como verdadeiros e objetivos.

A imprensa deve atender também aos anseios das empresas que patrocinam e anunciam em seu meio de comunicação. Por isso, os anunciantes podem delimitar as críticas, pedir mais acidez no tom como as notícias são veiculadas, maior destaque nos fatos ou impedir que cheguem ao conhecimento público. A opinião dos anunciantes não é desprezada, ainda que a palavra final seja dos editores-chefes, pois, infelizmente, nem sempre a ética prevalece diante do poder econômico.

A última etapa corresponde à ideologia compartilhada por cada jornalista, individualmente, e pela equipe de jornalismo responsável pela edição da notícia. Ela pode ser manifestada de forma consciente ou não. Entra em questão a necessidade de atender aos anseios dos acionistas majoritários, da chefia e dos anunciantes.

Entretanto, a ideologia do veículo de comunicação não deve ser escancarada para que a notícia não seja sentida como algo parcial ou subjetivo. O jornal deve conhecer bem seu público-alvo, para compartilhar dos mesmos ideais. Para tanto, os verbos são usados geralmente na terceira pessoa, com a finalidade de passar a conotação de distanciamento descritivo e imparcialidade. Evita-se o emprego de adjetivos, sem deixar de demarcar bem pessoas, tempo e espaço. Cede-se palavra à vítima, para que crie a sensação de que ali existe um diálogo. A parte subjetiva do texto deve ser compreendida pelo público como resultado dos dados apresentados. A narrativa deve convencer o público de que não poderia haver outra conclusão mais lógica para os fatos descritos.[12] Além disso, a notícia deve ser apresentada ao público de forma atual, como se houvesse um presente elástico e acrônico.

Não raro, apenas um *fragmento de realidade* é trazido aos espectadores, embora seja vendido como uma verdade global e insofismável. A informação possui uma conexão intrínseca não apenas com o imaginário social, ligado ao saber, mas também está ligada às *relações de poder*. Ademais, não se pode olvidar a grande importância a ser dada à *manchete*. A escolha de sua gramática deve ser posta de forma a despertar o interesse do maior número de pessoas para a notícia.

12. HERNANDES, Nilton. Op. cit. p. 34.

Esses filtros também se encontram no filme *O pagador de promessas*. A notícia a ser veiculada foi previamente escolhida pela linha editorial, oportunidade em que se escolheu o jornalista responsável por sua elaboração. Como a sociedade local apoiava o personagem protagonista, a ele foi prometido, após a entrada na igreja, um encontro com o político que exercia influência sobre aquela empresa de comunicação. Sabendo da ideologia compartilhada no seio daquela comunidade carente, o jornalista vendeu-o como sendo um herói. Zé do Burro, com ideias comunistas, foi equiparado ao Cristo. A manchete do jornal do filme fora escolhida para atrair o público: *Novo Cristo prega revolução* –clara, concisa e carregada de carga valorativa, apesar de revelar uma realidade fática distorcida.

Não se pode olvidar também das *notícias sensacionalistas*, voltadas a alimentar a sociedade do espetáculo e a promover o *espetaculismo*.[13] O jornalista sensacionalista, ao descrever o fato, adorna-o com matizes novelescas, situando o relato em um plano intermediário entre a notícia e o romance, para melhor cativar o público. O discurso sensacionalista pode estar ilustrado por fotos, filmagens ou vir acompanhado da boa oratória, todos elementos destinados a persuadir os espectadores e vender a informação. O roteiro deve ser carregado de apelos sentimentais, como forma de sensibilizar e atrair o público. Ainda deve apontar uma solução para problema, podendo ou não vir acompanhado de um herói social.

Porém, em uma sociedade que valoriza o espetáculo, o público também é responsável pelo processo de sensacionalismo e pela transformação da notícia em mercadoria. A lógica do mercado coloca à venda o que os consumidores

13. "O espetáculo apresenta-se como algo grandioso, positivo, indiscutível e inacessível. Sua única mensagem é 'o que aparece é bom, o que é bom aparece'. A atitude que ele exige por princípio é aquela aceitação passiva que, na verdade, ele já obteve na medida em que aparece sem réplica, pelo seu monopólio da aparência. O caráter fundamentalmente tautológico do espetáculo decorre do simples fato dos seus meios serem ao mesmo tempo a sua finalidade. (...). A sociedade que repousa sobre a indústria moderna não é fortuitamente ou superficialmente espetacular, ela é fundamentalmente espetaculista. No espetáculo da imagem da economia reinante, o fim não é nada, o desenvolvimento é tudo. O espetáculo não quer chegar a outra coisa senão a si mesmo. Na forma do indispensável adorno dos objetos hoje produzidos, na forma da exposição geral da racionalidade do sistema, e na forma de setor econômico avançado que modela diretamente uma multidão crescente de imagens-objetos, o espetáculo é a principal produção da sociedade atual" (DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Estrela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. Itens. 12 a 15).

procuram. As notícias sensacionalistas são buscadas por um público que ocupa um lugar passivo de *espectador-voyeur* dos fatos sociais.

4. A diagramação dos noticiários

Os meios de comunicação em massa são diversos e cada um atua conforme suas particularidades, lançando mão de recursos que lhes estão disponíveis para seduzir o espectador-consumidor a adquirir a informação-mercadoria. A *semiótica discursiva* explica que um sujeito, como destinatário, somente inicia uma ação se o destinador, no papel de manipulador, conseguir desencadear, pela persuasão, uma vontade, um querer, um desejo ou uma curiosidade.

Dever e querer geram as quatro grande classes de manipulação entre destinador e destinatário: (i) *tentação*: o sujeito é manipulado com o aceno de prêmios ao final da ação; (ii) *intimidação*: a manipulação é por meio de ameaças de castigos; (iii) *sedução*: o sujeito não recusa a manipulação para aceitar uma imagem favorável; (iv) *provocação*: o sujeito se deixa manipular para provar que a imagem desfavorável é injusta.[14]

A notícia, inserta na sociedade capitalista, está submetida aos imperativos do mercado, devendo observar a lei da oferta e da procura. O caráter mercantil da notícia é potencializado por estratégias elaboradas para aumentar quantitativamente o número de seu público.

Dentre as estratégias voltadas a conquistar a opinião pública, encontram-se: (i) a *estratégia de arrebatamento*: visa a motivar ou a reforçar no destinatário da notícia um engajamento perceptivo; o meio de imprensa manipula o destinatário por tentação, por um querer-saber; (ii) a *estratégia de sustentação*: objetiva motivar o destinatário a decodificar um estímulo, ao apresentar detalhes de uma história e incutir no sujeito a vontade de conhecê-la por inteiro; também há uma manipulação por tentação; (iii) a *estratégia de fidelização*: busca transformar a pessoa curiosa em consumidor fiel, ao tentar desencadear um hábito; deve gerar expectativas positivas no sujeito para os próximos contatos e a vontade de repeti-los; há manipulação por intimidação (deve-fazer), sedução (querer-fazer) e tentação (querer-fazer).[15]

No contexto da sociedade capitalista, a mídia precisa fidelizar seus consumidores para atrair mais anunciantes, aumentar as vendas e ampliar a sua credibilidade social. Assim, as estratégias de arrebatamento e sustentação estão

14. HERNANDES, Nilton. Op. cit. p. 40.

15. Idem. Ibidem.

intimamente relacionadas ao poder de persuasão das reportagens. Já a técnica de fidelização está ligada ao conhecimento e à posterior identificação com a ideologia da linha editorial.

As empresas de comunicação social usam dois recursos para captar a atenção dos seus consumidores: as imagens e a narrativa. As imagens servem para atrair os olhos, seja pelas cores, pelos movimentos que simulam ou pelos sentimentos que comovem. A narrativa, por sua vez, deve vir carregada de apelo emocional sutil, mas sempre de forma pretensamente objetiva, para sensibilizar o público no plano da expressão[16] sem que isso seja sentido pelo leitor.

A reportagem deve observar critérios meticulosos para a definição de seu espaço redacional e icônico, conforme seu grau de importância: quanto mais relevante for a informação e maior a possibilidade de sensibilizar e arrebatar o público, mais destaque ela tem, em relação a sua topografia na página, à superfície redacional que lhe foi atribuída (se capa, primeira página, extensão etc.) e à tipografia utilizada.[17] Os recursos ofertados são capazes de simular sonoridade: o tamanho das letras está relacionado à altura da voz; isto é, quanto maior, mais alto, para melhor captar a atenção do público; ainda, traços mais finos passam o timbre de algo mais despojado, enquanto traços mais marcantes atribuem um tom mais austero.[18]

Os meios de comunicação impressos possuem uma estrutura que, como regra, se apresenta da seguinte forma: nas primeiras páginas, notícias do país, do mundo, da economia, da ciência, do cotidiano, do esporte e, para o final, o entretenimento, com charges, horóscopo e, por vezes, palavras cruzadas.

A imprensa rotula as notícias entre *frias* e *quentes*. Estas devem vir primeiro na pauta, pois, por serem mais densas e importantes, se não consumidas de pronto, terão seu impacto e valor reduzidos significativamente. As notícias *frias* estão ligadas às informações com menor impacto social, atreladas ao entretenimento ou, então, ao cotidiano das celebridades. Elas ficam na parte final do periódico, porque podem ser lidas com um intervalo maior de tempo.[19] Tal estrutura também é observada no filme *O pagador de promessas*. Como todos precisavam saber, desde logo, a história de Zé do Burro é considerada uma notícia *quente*, que estampou a capa dos jornais.

16. HERNANDES, Nilton. Op. cit. p. 49.
17. CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das mídias*. Trad. Angela M. S. Correa. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012. p. 146-147.
18. CHARAUDEAU, Patrick.. Op. cit. p. 210.
19. CHARAUDEAU, Patrick.. Op. cit. p. 199.

De igual modo, essa forma de estruturação está presente nos sítios eletrônicos que trabalham com a venda de informações. Os fatos recentes e de maior relevância, que devem ser consumidos ainda tórridos, ficam no início da página. No desenrolar da página do portal, as notícias vão se arrefecendo. Todavia, as notícias nos veículos eletrônicos possuem uma mobilidade maior, sendo atualizadas de forma constante para passar ao internauta uma sensação de maior proximidade temporal e espacial.[20]

As mídias sociais, como o Facebook e o Twitter, não escapam a essa lógica. Mas tanto os fatos a ser retratados quanto a sua relevância são decididos pelo público: os usuários da rede. Quanto maior é a aprovação da notícia, mais curtidas ela receberá; quanto mais intensa é a sua repercussão, maiores são os comentários e os compartilhamentos. Tudo isso faz com que ela permaneça no topo do *time line* dos internautas, para que todos tenham acesso a tal informação enquanto ainda ela está quente. Conforme ela vai perdendo a sua importância, vai descendo, até ser esquecida. O usuário assume um papel fundamental, pois é ele quem lança os acontecimentos na rede, sendo imprescindível o seu conhecimento e sua postura crítica frente àquilo que está sendo compartilhado.

O rádio, apesar de não possuir a magia das imagens e das palavras escritas, possui a *onipresença da voz* que, conforme a boa oratória do locutor, convence e cativa os ouvintes por meio do timbre, da entonação e da fluência. É pela oratória que se repassam paixões e estimulam sentimentos e se consegue a fidelização do público. Assim, o locutor pode parecer autoritário ou humilde, poderoso ou frágil, emotivo ou senhor de si, emocionado ou frio; são essas variações com que trabalham os profissionais das mídias e os políticos para convencer seu público.[21]

Ainda que o rádio esteja perdendo espaço para outras mídias na sociedade contemporânea, não se pode negar seu poder de persuasão, porque prescinde da *alfabetização* do espectador. Por exemplo, na Alemanha Nazista, foi utilizado, em grande escala, para persuadir os alemães da aceitação de ideologias disseminadas naquele período.[22]

A televisão, por sua vez, reúne os dois instrumentos mais poderosos da persuasão: a voz e a imagem, que se intensificam com a possibilidade de repro-

20. CHARAUDEAU, Patrick. Op. cit. p. 238.

21. CHARAUDEAU, Patrick. Op. cit. p. 106.

22. CHAUÍ, Marilena. Op. cit. p. 44.

duzir, em tempo real, os acontecimentos com gravações. Por isso, tem enorme poder de controle social. A possibilidade de transmissão ao vivo dos acontecimentos rompe qualquer fronteira temporal e cria a ilusão de que os fatos acontecem na cotemporalidade em que o telespectador tem ciência das notícias.[23] Cria-se a certeza – e não mais a mera sensação – de que o que chega ao conhecimento do público é o todo do fato, e não apenas uma parcela da realidade. Contudo, a captação e a editoração das imagens passam também por um *processo de triagem*, pelo qual nem tudo é veiculado, mas tão somente aquilo que seja capaz de sensibilizar e comover o público.

O poder da imagem, somado ao do som, toma grandes proporções. O que é dito pelo âncora dos telejornais representa apenas 7% da forma de comunicação; ou seja, a informação em si perde destaque para os demais elementos que compõem o programa televisivo. A maneira de verbalizar a notícia, por intermédio da voz, da oratória e do vocabulário, representa 38% da mensagem que é transmitida, enquanto que os outros 55% estão relacionados com as expressões faciais e os movimentos corporais.[24]

Como o fator *imagem* tem grande relevo, o frontispício do telejornal apresenta, como regra, duas partes padronizadas, sendo elas o *cenário* e a *fachada pessoal*. O *cenário* é o local de onde é transmitido o telejornal. Ele tem muita influência no telespectador. Por isso, são constituídos por elementos que fazem uma ligação em tempo real a várias partes do mundo. Sobressaem, por exemplo, vários monitores ou um *mapa-múndi* na tentativa de transmitir a sensação de globalização. Já a *fachada pessoal* está relacionada com a função do âncora e refere-se a todo o seu equipamento expressivo, constituído pelo ritmo e modulação da voz, pela gesticulação e pelas reações às próprias notícias que divulga. A fachada pessoal também é constituída pela *aparência*, ligada ao *status* social do ator, e pela *maneira*, elemento responsável pelos estímulos que funcionam no momento de transmitir as informações (v.g., o riso após uma notícia engraçada ou um ar sério depois de um acidente). A coerência expressiva entre a *fachada pessoal* e a notícia se destina a inspirar confiança nos teles-

23. Conforme explica Patrick Charaudeau, "o acontecimento mostrado, eu o vi, eu, em meu presente, ao mesmo tempo atual e intemporal, pois passado e futuro se confundem nele" (Op. cit. p. 111).

24. CANAVILHAS, João. *O domínio da informação-espectáculo na televisão*. p. 5. Disponível em: [www.bocc.ubi.pt/pag/canavilhas-joao-televisao-espectaculo.pdf]. Acesso em: 14 abr. 2015.

pectadores.[25] Portanto, o *efeito visual*[26] é elemento eficiente para a persuasão e a fidelização dos telespectadores. Sem embargo, infelizmente ele é facilmente manipulável.

Além disso, as mídias televisivas utilizam-se dos processos de *enquadramento das imagens*, para despertar sensações diversas no telespectador, a depender do foco que se dê à câmera.[27] Quanto menor o foco de visão, maior a capacidade de exprimir afetividade e identificação com o sentimento das vítimas (como ocorre no *close up*). Em contrapartida, quanto maior e mais distante o foco de visão, aumenta-se a sensação de inteligibilidade e de compreensão global dos fatos.

Outro fator relevante é a ausência de *referencial temporal* – efeito denominado de *acronia*. As notícias são transmitidas como se não houvesse nenhuma causa passada que culminou em uma tragédia e sem qualquer importância futura. Ademais, infere-se a existência de outra consequência importante: a *atopia*, caracterizada pela quebra do elemento espacial, focando-se mais no sofrimento das vítimas e em suas versões que no contexto que as circunda.[28]

Tais fatores estão presentes no filme *O pagador de promessas*. O jornalista, quando entrevista Zé do Burro, não dá qualquer relevo às razões de sua promessa e não se importa com o seu futuro, depois de entrar na igreja e conversar com o político da cidade. O que interessa é o aqui e o agora.

25. Idem. Ibidem.

26. Há regras de transmissão dos efeitos visuais obtidos pelas câmeras para arrebatar o telespectador: (a) a guerra televisiona melhor do que a paz, porque contém muita ação e um sentimento poderoso: o medo; (b) acontecimentos externos televisionam melhor que informações, pois é mais forte mostrar coisas e fatos do que acompanhar o raciocínio e o pensamento; (c) nos eventos de massa ou envolvendo multidão, escolhe-se uma única pessoa para opinar e falar ou uma sequência de pessoas entrevistadas uma a uma; (d) os assuntos curtos, com começo, meio e fim, são melhores que os assuntos longos, que exigem pluralidade de informações e aprofundamento de pontos de vista; (e) a ambição e o consumo televisionam melhor do que espiritualidade, uma vez que a câmera não tem como lidar com sutileza, diversidade e ambiguidade; (f) a expressão facial é melhor do que o sentimento: chorar televisiona melhor do que a tristeza e rir, melhor do que a alegria; (g) a morte televisiona melhor do que a vida: na morte tudo está claro e decidido, na vida tudo é ambíguo, fluido, não completamente decidido, aberto a muitas possibilidades. Cf. CHAUÍ, Marilena. Op. cit. p. 56.

27. CHARAUDEAU, Patrick. Op. cit. p. 138-140.

28. CHAUÍ, Marilena. Op. cit. p. 45-46.

O poder dos meios de comunicação em massa gera um efeito gravíssimo no imaginário do público: a *infantilização*.[29] A mídia, como um ramo da indústria cultural, para agradar os consumidores e melhor vender seus produtos, se infantiliza, na medida em que, independentemente da idade cronológica dos destinatários, minimiza a distância temporal entre o desejo e a satisfação dele. Por exemplo, a exposição pública do crime e do acusado, com a execração da imagem, associada às algemas e aos camburões de polícia, servem para saciar os desejos passionais de punição.[30]

Assim, os meios de comunicação de massa, ao criarm nos seus destinatários os desejos e ao oferecerem – por meio da programação e da publicidade – os produtos para satisfazê-los, comportam-se como crianças, para quem o intervalo entre o desejo e a satisfação é intolerável.

Por isso, a notícia deve ser apresentada de forma rápida e a velocidade do mundo serve de desculpa para a vulgarização da qualidade das notícias apresentadas ao público. O noticiário sobre a delinquência está repleto de clichês e de estereótipos para criar heróis e vilões, personagens com os quais o consumidor pode se identificar, bem como para criar a sensação de insegurança permanente.[31] É necessário satisfazer o interesse imediato de adquirir conhecimento sem muitos esforços – incluindo-se aí, sempre que possível, a opinião de especialistas[32] – com a redução do espaço temporal entre o querer e o ter.

Os telejornais são meticulosamente organizados. No início, costumam apresentar notícias locais, com ênfase nas ocorrências policiais, sinalizando o sentimento de perigo; a seguir, entram as notícias regionais, com enfoque nas guerras e catástrofes ambientais (como maremotos, terremotos, enchentes ou furacões), também para sinalizar perigo. Os telejornais concluem com as notícias nacionais, para salientar as ideias de ordem e segurança, encarrega-

29. CHAUÍ, Marilena. Op. cit. p. 52.

30. BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 101, mar.-abr., p. 422, 2013.

31. MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 108, mai.-jun., p. 458, 2014.

32. "A opinião pública é, definitivamente, a opinião de especialistas. Não de quaisquer especialistas, mas sim daqueles que podem propagar sua opinião sobre a sociedade, dada a sua capacidade, reiteradamente confirmada, de conseguir que uma ampla maioria da mesma compartilhe, ainda que superficialmente, seus pontos de vista" (RIPOLLÉS, José Luis Díez. Op. cit. p. 31).

das de desfazer o medo produzido pelas demais notícias. Nos fins de semana, os telejornais costumam terminar com notícias de eventos artísticos ou sobre animais (v.g.,o nascimento de um ursinho, a fuga e o retorno de um animal em cativeiro, a proteção a espécies ameaçadas de extinção etc.), para produzir o sentimento de bem-estar no espectador pacificado, com a finalidade de concluir que o mundo vai bem, apesar de todas as desgraças.[33] Ao término de cada um de seus blocos, são realizadas chamadas para reavivar ao telespectador as notícias por vir.[34] O resultado dessa estrutura organizada é produzir credibilidade, austeridade, objetividade, neutralidade e confiabilidade ao telejornal, fidelizando o público, sem que a população perceba a forma como incute as ideologias dos meios de comunicação.

5. OS MECANISMOS DE CONTROLE SOCIAL DO DELITO

A prevenção de cometimento de infrações penais conta com mecanismos de controle, articulados entre si, que podem ser subdivididos em formais e informais. Ambos impõem regras de conduta a ser respeitadas, sob pena da imposição de sanções jurídica e/ou morais. O *controle social do delito* deve ser compreendido como o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir a submissão do indivíduo aos modelos e normas comunitários.[35]

O controle *informal* do delito está relacionado à sociedade civil. Envolve instituições como a família, a escola, o trabalho, a igreja e a vizinhança. Atua por toda vida do cidadão, tentando discipliná-lo para o convívio social, de acordo com os princípios éticos compartilhados pela comunidade em que está inserido.[36] Começa com a família, passa pela escola, pela profissão, pelo local de trabalho e culmina com a interiorização pelo indivíduo das pautas de conduta transmitidas e aprendidas durante todo o *processo de socialização*.[37]

Por outro lado, o controle social *formal* do delito está relacionado com a atuação jurídica do aparelho do Estado, realizada por meio da ação das Polí-

33. CHAUÍ, Marilena. Op. cit. p. 48.

34. HERNANDES, Nilton. Op. cit. p. 137.

35. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Criminologia:* introdução a seus fundamentos teóricos. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 133-134.

36. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 53.

37. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. Op. cit. p. 134.

cias, dos órgãos que compõem o sistema de justiça e dos que integram a administração penitenciária.[38]

Os controles sociais formais do delito, por ter eficácia reduzida, devem incidir após o fracasso dos demais instrumentos de contenção de condutas antissociais. Isso porque as agências formais atuam de forma coercitiva, impondo sanções qualitativamente diversas das sanções sociais. São sanções estigmatizantes, que conferem ao infrator o *status* de delinquente e perigoso.[39]

Cabe salientar que há, entre os mecanismos de controle formal do delito, uma hierarquia, que indicará qual terá sua incidência prevalente sobre os demais. Cabe ao Direito Penal a *ultima ratio* de tutelar apenas as lesões graves empregadas contra bens jurídicos importantes para o corpo social. Deve-se deixar espaço para atuação dos demais ramos do Direito, como o Direito Civil, buscando a reparação de danos, e ao Direito Administrativo sancionador.

A *atuação subsidiária* do Direito Penal vem, não só em razão dos fins pelos quais ele foi concebido, mas também porque atua dentro de um contexto sociopolítico a fim de legitimar os atos praticados por quem detém o poder. Em razão disso, sua atuação é discriminatória e seletiva, reproduzindo a ideologia e o modelo político-institucional que permeia a realidade vigente.[40]

De qualquer modo, a imposição de valores éticos a ser compartilhados entre os membros de uma comunidade é um traço comum dos mecanismos de controle do delito, na medida em que impõem padrões de conduta a ser seguidos para que sejam aceitos socialmente.

6. A MÍDIA COMO AGÊNCIA INFORMAL DE CONTROLE DO DELITO

É certo que a atuação da mídia é indispensável à existência do Estado Democrático de Direito. A liberdade de expressão do pensamento, assegurada na Constituição Federal, contribui para a universalização do conhecimento, à formação do cidadão, à transparência e à eficiência da gestão pública, bem como à publicização dos fatos sociais.

---

38. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit. p. 53.

39. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. Op. cit. p. 134.

40. RODRIGUES, Vinicius Gonçalves. Direito penal do inimigo como instrumento de controle social. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI – UENP. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro*, Jacarezinho, n. 12, jan.-jun., p. 211, 2010.

Não há democracia sem imprensa livre. Assim, o que se pretende salientar são os *limites* da atuação da mídia, para evitar atitudes arbitrárias e irresponsáveis. A exposição da imagem de um suposto criminoso nas redes de televisão pode causar dano irreparável à pessoa. Logo, a informação, como livre manifestação do pensamento, deve ser prestada de forma precisa e com respeito aos direitos e às garantias fundamentais do acusado (como a presunção de inocência, a honra, a imagem, o direito de resposta e a privacidade).[41] Muitas vezes se violam direitos e garantias fundamentais para veicular notícias sensacionalistas voltadas a obter maiores índices de audiência, sendo o problema da criminalidade tratado sob a esfera circunscrita ao crime praticado por pessoas pertencentes às camadas menos favorecidas da população.[42]

Compreender como se transformam os fatos cotidianos em notícias, conhecer os filtros que culminam na divulgação de acontecimentos aparentemente criminosos e as estratégias de sensibilização da opinião pública contribui para a adoção de posturas críticas que empoderem os cidadãos na construção de uma sociedade menos violenta e mais justa. Não se pode ignorar que a seletividade dos mecanismos de controle social do delito opera, como regra, em desfavor da parcela socialmente mais vulnerável da população.

No filme *O pagador de promessas*, a mídia é utilizada para reproduzir os desejos da classe detentora dos poderes econômico e político. A partir da sensibilização da comunidade local com a história de Zé do Burro, buscou-se utilizá-la para captar votos para o político que financiava o jornal que divulgou as notícias.

A mídia é utilizada para reprimir determinados comportamentos sociais e aquiescer com outros. Em *O pagador de promessas*, a imprensa ficou do lado de Zé do Burro para pressionar o padre a aceitar a entrada da cruz no templo, tanto é que houve uma reunião entre os clérigos da região para deliberar sobre qual postura deveriam adotar, para que não houvesse perda de prestígio

41. BICUDO, Hélio. Imprensa e justiça. *Justiça penal: críticas e sugestões:* provas ilícitas e reforma pontual. Jaques de Camargo Penteado (coord.). São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 211; ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública. Un estúdio a partir de la publicidad de los juicios penales.* Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003; SHINA, Fernando E. *La libertad de expressión y otros derechos personalíssimos.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009; VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia.* São Paulo: Ed. RT, 2003; SHECAIRA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação de massas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 10, abr.-jun., p. 135-143, 1995.

42. BICUDO, Hélio. Op. cit. p. 211.

da Igreja diante de seus fiéis. Essa seleção de condutas a ser reprimidas e de fatos a ser noticiados teve como escopo atender aos anseios de quem detinha o poder.

Qualquer um que afronta os interesses dos grupos econômicos dominantes fica mais suscetível a ser vítima da atuação da imprensa. No Brasil, a concentração dos meios de comunicação em pequenos grupos privados dificulta a disseminação de informações e a democratização da formação da opinião, bem como auxilia a preservação dos interesses da classe dominante, tanto no aspecto político quanto no econômico. A informação deve estar à disposição de todos, não apenas de quem pode pagar por ela.

De qualquer modo, é imprescindível manter constantemente uma postura crítica diante do que se assiste, ouve ou lê, para que o campo da manipulação e dominação seja cada vez mais restrito.[43] Os meios de comunicação de massa, ainda que sejam concessões estatais (art. 223 da CF), não perdem seu caráter de empresas privadas e, não raro, são geridos por grupos econômicos dominantes que controlam o poder.

Desse modo, a *opinião pública* resulta, cada vez menos, do debate entre cidadãos bem informados. É definida apenas pelos veículos de comunicação de massa, em que, geralmente, o cidadão participativo cede lugar para o consumidor apático, espectador das novelas, de filmes estrangeiros e dos noticiários.[44]

Apesar de a Constituição vedar a existência de monopólios ou oligopólios entre os meios de comunicação social (art. 220, § 5.º, da CF/1988), os canais abertos de televisão são restritos e se concentram, hegemonicamente, na rede Globo, sem mencionar que os principais proprietários de emissoras de rádio e de televisão locais também são donos dos jornais de maior circulação das respectivas regiões do País.

---

43. "No fundo, a ideologia tem um poder de persuasão indiscutível. O discurso ideológico nos ameaça a anestesiar a mente, de confundir a curiosidade, de distorcer a percepção dos fatos, das coisas, dos acontecimentos. Não podemos escutar, sem um mínimo de reação crítica, discursos como estes: 'O negro é geneticamente inferior ao branco. É uma pena, mas é isso o que a ciência nos diz'. (...). 'Maria é negra, mas é bondosa e competente. ''Esse sujeito é um bom cara. É nordestino, mas é sério e prestimoso' (...)" (FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia. Saberes necessários à prática educativa.* 34. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 132-133).

44. SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista de Diálogo Jurídico*. n. 16. mai.-ago., p. 22, 2007; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2011. p. 657-658.

Não há margem adequada para promover o *pluralismo* de ideias e os debates sociais, quando os meios de comunicação social estão tão concentrados e pautam sua programação pela *lógica do mercado*. Isso evita ou minimiza o espaço para as informações e para os questionamentos que, não obstante sejam socialmente relevantes, contrariam os interesses dos anunciantes e dos patrocinadores, ligados aos grandes grupos econômicos e, por isso, voltados à manutenção do *status quo*.

Assim, a população é tratada, quase que exclusivamente, como *mera consumidora*, não como cidadã, sendo menos interessante para as elites discutir os problemas socioeconômicos do que usar os meios de comunicação para ampliar as margens de lucro, de preferência sem quaisquer questionamentos que possam vir a ameaçar seus poderes. Os meios de comunicação de massa, assim estruturados, funcionam como eficiente *mecanismo de controle social*, alienando, mais do que informando, evitando o debate mais intenso, para impor, a partir das estratégias de *marketing*, as ideias mais conservadoras.

Nesse contexto, a mídia funciona também como um mecanismo de controle social informal do delito. Está inserida no seio da sociedade civil e seleciona condutas conforme padrões éticos que convêm aos seus padrões editoriais.

As empresas de comunicação de massa moldam a opinião do público e podem usar argumentos fortes para convencê-lo ao recrudescimento do aparato penal, como solução para os problemas da criminalidade e da segurança pública.

Portanto, o pensamento das classes dominantes é formatado e reproduzido pelos meios de comunicação e de produção de massa.[45] A imprensa, dominada pela ideologia hegemônica, conduz a opinião pública a pensar e agir de modo a manter os interesses dos poderosos.[46] Isso se dá pela adoção do discurso ideológico e privado dos detentores do poder, o qual se apresenta com uma *pseudo roupagem* social, em razão dos interesses das classes não hegemônicas serem manipulados e estarem alijados da visão social, política e cultural dominantes.[47]

45. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Trad. Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 48.

46. ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund. A indústria cultural. Trad. Amélia Cohn. *Comunicação e indústria cultural*. Gabriel Cohn (org.). 5. ed. São Paulo: T.A. Queiroz, 1987. p. 293.

47. CHAUÍ, Marilena. Op. cit. p. 77.

Essa situação fica evidente quando a mídia propala que a criminalidade está fora de controle e que as políticas estatais são insuficientes. A solução apresentada, invariavelmente, é o recrudescimento do Direito Penal e a redução da maioridade penal. Para tanto, é habitual mostrar a opinião de especialistas, que pensem conforme o pensamento da linha editorial, com a finalidade de alimentar o medo e, desse modo, convencer o público e manter a fidelidade ao veículo de comunicação.[48]

Nesse contexto histórico-social, a mídia descobriu que o delito vende – e quanto mais espetaculista forem as notícias, melhor. Muitos políticos também notaram que defender esse discurso punitivo expande seu eleitorado e rende votos.

Nessa *sociedade do espetáculo*, a ideologia capitalista conforma as pessoas por meio de *notícias-mercadorias*, explorando seus desejos, suas paixões e vontades.[49] A televisão, ao utilizar os "jogos de câmera", com a utilização do *close up*, para dar maior ênfase ao sofrimento da vítima, termina por sensibilizar e arrebatar o público instantaneamente, que se solidariza com aquela pessoa e pugna pelo incremento do aparato penal.

Por outro lado, a mídia dá menos ênfase à degradada situação do sistema carcerário nacional, à ineficiência das formas de investigação e de repressão da criminalidade, à carência de políticas preventivas adequadas e às desigualdades socioeconômicas que podem atrair uma pessoa a entrar no mundo do crime. Com efeito, quando o poder da mídia é utilizado para instigar no público o sentimento generalizado de medo e de insegurança, deixa-se de tratar a criminalidade como uma *questão estrutural* inerente ao contexto social, político e econômico (*v.g.*, desemprego, pobreza, analfabetismo, desestruturação familiar etc.).

Ao contrário, as notícias tendem a reforçar o senso comum e seus pré-conceitos a respeito do crime e dos criminosos.[50] Opta-se por explorar o discurso de punição mais severa e exemplar, assim como o da redução da maioridade penal.[51] O recrudescimento da repressão penal aparece como solução para os

48. BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática:* do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013. p. 64.

49. DEBORD, Guy. Op. cit. p. 44.

50. ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Op. cit. p. 120-121.

51. Dentre as diversas razões pelas quais é preciso ser contra a redução da maioridade penal estão: (i) a *redução da idade penal não resolve nem ameniza o problema da violência no Brasil*, mas apenas desvia o foco das verdadeiras causas da violência, ligadas

problemas da segurança pública e determinados grupos vulneráveis são estigmatizados como *inimigos da sociedade*.[52]

Dessa forma, a mídia, como mecanismo de controle informal do delito, exprime a ideologia das classes dominantes, aumentando a fragilidade dos grupos mais vulneráveis da população. Nesse sentido, muitos noticiários de rádio

---

a questões como a desigualdade e a exclusão social, a impunidade, a corrupção e o desvio de recursos públicos; (ii) a *alteração da idade penal não serve para reduzir os índices de criminalidade entra a juventude*; ao contrário, promove o ingresso antecipado de adolescentes ao falido sistema penal brasileiro, expondo-os aos mecanismos/comportamentos reprodutores da violência, como o aumento das chances de reincidência (que, no Brasil, superam os 70%); (iii) o *Estatuto da Criança e do Adolescente* já permite a privação de liberdade a partir dos 12 anos de idade, sendo que, no Brasil, mais de 15 mil jovens cumprem medida de internação no país; (iv) a *redução da maioridade penal provocaria efeito dominó com gravíssimas consequências*, pois presumir que a partir de 16 anos adolescentes podem ser responsabilizados penalmente como adultos implicaria também reconhecer, por exemplo, que estão aptos a conduzir veículos, terá acesso livre a bebidas alcóolicas, a trabalhar em locais penosos e insalubres, a ser impunemente fotografados ou filmados em cenas pornográficas, a estarem desprotegidos das medidas de guarda ou tutela etc.; (v) *são os adultos, não os adolescentes, os maiores responsáveis pela criminalidade no país*: dados da Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), divulgados em 2014, mostram que os jovens de 16 a 18 anos são responsáveis por apenas 0,9% do total de crimes praticados no Brasil; (vi) as *prisões não são melhores que o sistema socioeducativo*, sendo que a redução da maioridade penal lançaria os adolescentes em penitenciárias comuns, em companhia de adultos; com isso, diminui-se a possibilidade de ressocialização, pois tais estabelecimentos estão superlotados e os jovens ficariam sob a influência, violência e aprendizado de integrantes de facções criminosas, homicidas, latrocidas, estupradores e traficantes; (vii) *em países desenvolvidos, a idade da responsabilidade penal é idêntica ou superior à do Brasil*: pesquisa da Organização das Nações Unidas com 53 países mostras que 42 – 79% – adota a maioridade penal aos 18 anos ou mais. Cf. [www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=5471]. Acesso em: 20 out. 2015.

52. "(...) é possível afirmar que as decisões tomadas na redação, em função da estrutura organizacional, da corrida pelo lucro, além de escusos interesses políticos e econômicos, costumam deixar de fora problemas estruturais, focalizando-se em fatos individualizados, descontextualizados e despolitizados. Constrói-se, dessa maneira, a sociedade como um consenso, em relação à qual qualquer manifestação de desconformidade é percebida como ameaça. Diante disso, é possível simplificar a situação, optando-se por identificar em algumas pessoas a característica de inimigos da sociedade; quem, simplesmente por ser quem é, deve ser temido, e, portanto, vigiado e controlado" (BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídia e controle social*. Da constatação da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Renan, 2013. p. 248-249).

e de televisão – apesar da cobertura jornalística exaustiva de casos recentes como o do Mensalão e do Petrolão – continuam a explorar o caráter sensacionalista para salientar mais os crimes que ameaçam os interesses da classe dominante e que são cometidos, com maior frequência, pelas classes marginalizadas da população. Isso em detrimento da melhor investigação, divulgação e repreensão dos crimes cometidos pelas elites, como os crimes do colarinho branco, que, por desviar recursos públicos expressivos, geram danos sociais muito mais severos à população de baixa renda, porque retiram do orçamento os recursos indispensáveis à universalização/democratização dos direitos fundamentais sociais.

Além disso, tal forma de conduzir as notícias fortalece o discurso de criminalização dos "bandidos" violentos, pretos e pobres, além da segmentação social e da necessidade das classes mais abastadas de manter a sua superioridade social. Na linha desse raciocínio, por exemplo, a execução de um jovem, quinto filho de uma mãe solteira e desempregada, durante o fim de semana, na favela da periferia de uma metrópole brasileira, não tem a mesma repercussão na mídia que o homicídio de filho da classe alta em um bairro rico da mesma cidade.

Com efeito, a mídia reproduz a categoria do "bandido", que é submetida a critérios passionais e pessoais, em vez de se basear em fundamentos racionais, impessoais e universais. O "bandido" é mostrado como um criminoso que merece maior reprovação moral, na medida em que crime, personalidade e classe social se confundem.[53] Assim, a conduta criminosa deixa de ser uma circunstância, uma atitude eventual ou uma conduta específica, para ser fixada como um princípio criminoso de ação, uma qualidade atribuída, que marca todo o agir da pessoa, bem como uma posição social. Logo, o "bandido" homicida não é quem matou alguém circunstancialmente, mas quem matará novamente; do mesmo modo, o "bandido" corrupto é o que se corrompeu uma vez e se corromperá outras vezes, e o "bandido" estuprador é o que voltará a praticar mais crimes contra a liberdade sexual. Consequentemente, ao se combater tal categorização do "bandido", as reações da mídia acabam por resolver as questões da criminalidade com mais prisões, mais poder investigatório, mais escutas, mais policiais e mais "bandidos" mortos.

53. POMPEU, Julio César; ROSA, Edinete Maria. Imaginando bandidos: juristas e representações sociais de criminosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 113, mar.-abr., p. 324, 2015.

Aliás, pesquisa realizada pelo Datafolha, encomendada pela ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública, revela que metade da população das grandes cidades (50%) concorda com a expressão "bandido bom, é bandido morto", enquanto que 45% disseram que discordam, 3% não concordam nem discordam e outros 2% não souberam opinar.[54] O levantamento foi realizado no final de julho de 2015, envolvendo a participação de 1.307 pessoas, com mais de 16 anos, em 84 cidades brasileiras com população superior a 100 mil habitantes.

A ideologia do "bandido bom, é o bandido morto" sempre vem acompanhada do discurso raivoso contra os Direitos Humanos, na tentativa de restringi-los às "pessoas direitas", acentuando o fenômeno da estigmatização das "classes perigosas" que ameaçam a ordem social, os cidadãos de bem e os contribuintes da boa sociedade.[55] Assim, a morte do "bandido" representa um ato de vingança legítimo, justo e merecido pela boa sociedade, porque o criminoso atenta contra a paz, os bens e os direitos legítimos das classes abastadas e, por isso, representa um perigo e um inimigo que deve ser eliminado.[56]

Os meios de comunicação podem ditar comportamentos a ser adotados por todos os cidadãos.[57] Assim, quando o poder da mídia, resultante das conversões de forças (políticas, econômicas e sociais), é usado para fabricar indivíduos dóceis e úteis para o sistema dominante, mantém-se a ideologia hegemônica, baseada na preservação dos privilégios, bens, e direitos dos detentores do poder, com consequente manutenção do *status quo*.

---

54. Disponível em: [http://opiniaoenoticia.com.br/brasil/metade-dos-brasileiros-diz-que-bandido-bom-e-bandido-morto/]. Acesso em: 20 out. 2015.

55. FREIRE, Alyson. A ideologia do "bandido bom é bandido morto". [www.cartapotiguar.com.br/2012/03/19/a-ideologia-do-bandido-bom-e-bandido-morto/]. Acesso em: 20 out. 2015.

56. Idem. Ibidem.

57. A propósito, disserta Michel Foucault: "O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem a função maior de 'adestrar'; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. (...) 'Adestra' as multidões confusas, móveis, inúteis de corpos e forças para uma multiplicidade de elementos individuais – pequenas células separadas, autonomias orgânicas, identidades e continuidades genéticas, segmentos combinatórios. A disciplina 'fabrica' indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício" (*Vigiar e Punir*: história da violência nas prisões. Trad. de Raquel Ramalhete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 143).

Os sentimentos legítimos de indignação e medo, ressaltados a partir de critérios passionais, difundem o sentimento de ódio e de sede de vingança, em vez de alimentarem a necessidade de tratar todos de forma igual perante a lei, atacando a criminalidade como critérios racionais, impessoais e universais.[58] Combater a violência com mais violência, o medo com mais medo,[59] o ódio com mais ódio não gera mais segurança, não promove nem a justiça nem, tampouco, é capaz de universalizar ou, quando menos, fazer respeitar a dignidade e os Direitos Humanos.

Ademais, o discurso midiático está ligado umbilicalmente ao desejo e ao poder,[60] o que coloca a mídia na posição de *sociedade de controle*.[61] A atuação midiática, quando pautada no controle dos comportamentos humanos, para que eles se conformem e se encaixem nos moldes por ela pré-estabelecidos, conduz à implantação progressiva e dispersa de um *novo regime de dominação*.[62]

Porém, a radicalização do controle social pela via da repressão criminal, com violação aos direitos e garantias fundamentais dos acusados, e com reprodução de preconceitos, não conduz à *coesão social*, além de desvirtuar a função informativa, formativa e transformadora da mídia na resolução dos problemas da segurança pública e na disseminação da cultura da paz.[63]

---

58. FREIRE, Alyson. Op. cit.

59. O medo incrementa as atitudes punitivas, fomenta o desenvolvimento de tendências deslegitimadoras do sistema penal e incrementa a criminalidade. Cf. RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 27.

60. Conforme Michel Foucault, o discurso não é somente "aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é também aquilo que é o objeto do desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta" (*A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 10).

61. Gilles Deleuze, complementando as ideias de Foucault, afirma que "são as sociedades de controle que estão substituindo as sociedades disciplinares. 'Controle' é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo" (*Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992. p. 220).

62. DELEUZE, Gilles. Op. cit. p. 225.

63. SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 94, jan.-fev., p. 382, 2012.

7. Conclusões

Com o intuito de prevenir condutas socialmente indesejadas, assim compreendidas aquelas que estão em desconformidade com padrões éticos de uma dada comunidade, há instâncias formais e informais de controle social do delito.

As agências de controle *formal*, em que estão inseridas a polícia e as instituições que integram o sistema de justiça, têm *atuação subsidiária*, seja em razão da sua pouca eficácia na prevenção dos delitos, seja pelo baixo grau de confiança da sociedade em relação à capacidade e legitimidade do Estado para resolver os conflitos sociais.

Já os instrumentos de controle *informal* do delito estão atrelados à sociedade civil e atuam de forma permanente na conformação dos comportamentos humanos, com especial destaque para a família, a escola, o trabalho, a vizinhança e a mídia.

Os meios de comunicação de massa selecionam os acontecimentos sociais aos quais pretendem dar maior importância – e assim transformá-los em notícias. No Brasil, onde a mídia está concentrada em poucos grupos de telecomunicação, maior é a influência da ideologia dos detentores dos poderes econômico e político.

A manipulação das informações para atender aos interesses da ideologia dominante está presente no filme *O pagador de promessas*, posto que as falas do personagem Zé do Burro são modificadas pelo jornalista, com o intuito de despertar maior interesse no público e, assim, aumentar os lucros do veículo de comunicação. Busca-se a construção de um herói social, com o intuito de comover o público para, posteriormente, aumentar a popularidade do político mantenedor do jornal.

No sistema capitalista, a notícia não serve apenas para transmitir informações, mas também se tornou uma poderosa mercadoria. Consequentemente, a produção das notícias está sujeita às regras do mercado, devendo a mídia tanto captar e fidelizar clientes quanto ofertar o que é desejado para atender aos interesses dos anunciantes. E faz isso de forma rápida, organizada e sistemática, pois o público, infantilizado, deseja informações pré-digeridas. Aliás, o jornalismo sensacionalista existe e ocupa espaço porque há um público que consome esse tipo de mercadoria.

A mídia, ao ser concebida como uma empresa privada, controlada por pessoas oriundas dos mais altos extratos sociais, propala ideologias que lhe satisfaz, conforma as classes inferiores aos seus discursos e seleciona as condutas de acordo com os padrões morais hegemônicos.

A não redução dos sujeitos da comunicação social em meros consumidores depende da promoção da cidadania. Para tanto, é preciso democratizar os meios de comunicação de massa, a fim de que a programação observe o disposto no art. 221 da CF/1988, com estímulos ao debate público e ao desenvolvimento do senso crítico dos cidadãos.[64] O direito fundamental à liberdade de expressão, como *instrumento emancipatório*, para ser devidamente respeitado, depende do acesso a informações e a pontos de vistas diversificados sobre temas de interesse geral.

Com efeito, deve o Estado estimular o *pluralismo*, a partir da ampliação das *mídias públicas* (v.g., como ocorre com a TV Justiça), o maior *acesso público à internet*, a ampliação dos *direitos de antena e de resposta*, para que cidadãos e entidades sociais possam promover a defesa dos interesses públicos, a *desburocratização das rádios comunitárias* e a criação de *agência reguladora*, com a participação de variados setores da sociedade, capazes de zelar pela qualidade democrática da programação, sem promover qualquer espécie de censura política, ideológica e artística.[65] A democratização dos meios de comunicação permite, ainda, dar voz e vez a todos os setores e movimentos sociais, assegurar o pluralismo e promover a cultura dos Direitos Humanos.[66]

Também é indispensável investir na educação pública de qualidade, capaz de formar cidadãos mais críticos. O conhecimento é um processo que requer reflexão permanente e não se coaduna com uma postura passiva diante dos meios de comunicação. A História deve ser compreendida como *possibilidade*, não como *determinismo*, o que ressalta o papel da subjetividade na construção

64. CAMBI, Eduardo. Op. cit. p. 658-659.

65. SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 22.

66. A Diretriz 22 do Programa Nacional de Direitos Humanos (Dec. 7.037/2009) se preocupa com cinco ações programáticas em relação aos meios de comunicação: (i) a criação de um marco legal, nos termos do art. 221 da CF, para estabelecer o respeito aos Direitos Humanos, nos serviços de radiofusão (rádio e televisão) concedidos, permitidos ou autorizados; (ii) a promoção de diálogo com o Ministério Público para a proposição de ações voltadas a suspensão de programação e publicidade atentatórias aos Direitos Humanos; (iii) a suspensão de patrocínio e publicidade oficial em meios que veiculam programações atentatórias aos Direitos Humanos; (iv) o desenvolvimento de programa de formação nos meios de comunicação públicos como instrumento de informação e transparência das políticas públicas, de inclusão digital e acessibilidade; (v) a eliminação das barreiras que impedem o acesso de pessoas com deficiência à programação em todos os meios de comunicação e informação, em conformidade com o Dec. 5.296/2004, bem como o acesso a novos sistemas e tecnologias, incluindo a *internet*.

histórica, por sua capacidade de comparar, de analisar, de avaliar, de decidir e de romper com as situações injustas, bem como a importância da ética e da política.[67] O cidadão, como agente de transformação da sua história, não pode ser reduzido a mero *espectador-voyeur*, sem qualquer juízo crítico acerca dos fatos veiculados pela mídia.

Além disso, é necessário resgatar o *pensamento dialético*, porque não existe uma verdade pré-determinada nem uma única forma de compreensão da realidade, mas ideologias que propagam verdades para vender produtos/serviços ou para manter o pensamento hegemônico. Deve-se ir além dos *rótulos*, para superar preconceitos e compreender as causas dos problemas criminais, a fim de se construir uma sociedade mais democrática, justa e solidária.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund. A indústria cultural. Trad. Amélia Cohn. *Comunicação e indústria cultural*. Gabriel Cohn (org.). 5. ed. São Paulo: T.A. Queiroz, 1987.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública*. Un estúdio a partir de la publicidad de los juicios penales. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

ARANTES, Paulo Henrique. O território sem lei da imprensa. *Revista da CAASP*, São Paulo, ano 2, n. 3, fev. 2013.

BICUDO, Hélio. Imprensa e justiça. *Justiça penal:* críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual. Jaques de Camargo Penteado (coord.). São Paulo: Ed. RT, 1997.

BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática:* do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos:* táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídia e controle social*. Da constatação da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Renan, 2013.

_____. *Mídia e teoria da pena*: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 101, mar.-abr. 2013.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

67. FREIRE, Paulo. Op. cit. p. 145.

CANAVILHAS, João. *O domínio da informação-espectáculo na televisão*. Disponível em: [www.bocc.ubi.pt/pag/canavilhas-joao-televisao-espectaculo.pdf]. Acesso em: 14 abr. 2015.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das Mídias*. Trad. Angela M. S. Correa. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

CHAUÍ, Marilena. *Simulacro e poder:* uma análise da mídia. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Estrela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. *Vigiar e Punir:* história da violência nas prisões. Trad. de Raquel Ramalhete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FREIRE, Alyson. A ideologia do "bandido bom é bandido morto". Disponível em: [www.cartapotiguar.com.br/2012/03/19/a-ideologia-do-bandido-bom-e-bandido-morto/]. Acesso em: 20 out. 2015.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia*. Saberes necessários à prática educativa. 34. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Criminologia:* introdução a seus fundamentos teóricos. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

HERNANDES, Nilton. *A mídia e seus truques:* o que jornal, revista, TV, rádio e internet fazem para captar e manter a atenção do público. São Paulo: Contexto, 2006.

LAGE, Nilson. Estruturas de textos noticiários. *Nas telas da mídia*. Maria Inês Ghilard e Valdir Heitor Barzotto (orgs.). Campinas: Editora Alínea, 2002.

MADOUX, Martine Ract. Criminalidade, processo penal e meios de comunicação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 2, abr.-jun. 1999.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Trad. Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 108, mai.-jun. 2014.

MELO, Filipe Reis. *A mídia como instrumento de controle social*. Disponível em: [http://pos.estacio.webaula.com.br/Biblioteca/Acervo/Basico/POS330/Biblioteca_6772/MIDIA%20E%20CONTROLE%20SOCIAL.pdf]. Acesso em: 15 jul. 2013.

MIRANDA, Iraildes Dantas. *Manual de redação (Folha de São Paulo)*. Disponível em: [www.acmcomunicacao.com.br/wp-content/midias/Manual-de-Redacao-Folha-de-SP.pdf]. Acesso em: 13 ago. 2015.

O pagador de promessas [filme]. Direção e roteiro: Anselmo Duarte. Diálogo: Dias Gomes. Interpretação: Leonardo Vilar, Gloria Menezes, Dionísio Aze-

vedo, Geraldo Del Rey, Roberto Ferreira, Norma Bengell. Gênero: drama. Brasil: Cinesditri / Estúdios Gravason, São Paulo, 1962. 92min. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=vUyDvdB-0u8]. Acesso em: 17 mai. 2015.

POMPEU, Julio César; ROSA, Edinete Maria. Imaginando bandidos: juristas e representações sociais de criminosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 113, mar.-abr. 2015.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2005.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxleyda. Criminologia e mídia: os usos sociais do crime e da violência na luta por poder simbólico. *Ciências penais. Perspectivas e tendências da contemporaneidade*. Ney Fayet Júnior e André Machado Maya (orgs.). Curitiba: Juruá, 2011.

RODRIGUES, Vinicius Gonçalves. Direito penal do inimigo como instrumento de controle social. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI – UENP*. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho, n. 12, jan.-jun. 2010.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista de Diálogo Jurídico*. n. 16, mai.-ago. 2007.

SHINA, Fernando E. *La libertad de expresión y otros derechos personalíssimos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação de massas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 10, abr.-jun. 1995.

_____. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 94, jan.-fev. 2012.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A criminologia da escola: análise do controle social informal, de Fernanda Carolina de Araujo Ifanger – *RBCCrim* 113/259-285 (DTR\2015\3610);
- Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais, de Roberto Bergalli – *RBCCrim* 3/31-38, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/943-952 (DTR\1993\288); e
- Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempos de crise, de Carlo Velho Masi e Renan da Silva Moreira – *RBCCrim* 108/437-460 (DTR\2014\9541).

O FENÔMENO DA LAVAGEM DE DINHEIRO E O TRÁFICO DE DROGAS NA *DEEP WEB*: AVANÇO DA CRIMINALIDADE VIRTUAL

MONEY LAUNDERING AND DRUG TRAFFICKING IN THE DEEP WEB: THE ADVANCEMENT OF VIRTUAL CRIME

FABIANO EMÍDIO DE LUCENA MARTINS

Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito Penal do Instituto de Educação Superior da Paraíba. Professor da Academia Nacional de Polícia. Professor conteudista do Curso de Combate a Crimes contra o Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural do Departamento de Polícia Federal. Delegado de Polícia Federal.
fabianoemidio@hotmail.com

ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA

Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universitat de València, Espanha. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Auditor do Superior Tribunal de Justiça Desportivo – STJD. Advogado.
romulo.palitot@uv.es

Recebido em: 30.03.2016
Aprovado em: 30.04.2016
Última versão autores: 28.06.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: Os elevados valores obtidos por atividades criminosas, provenientes das atividades ilícitas vem cada vez mais chamando atenção da comunidade internacional, desencadeando constantes debates e a colocação em prática de textos internacionais, com o objetivo de frear a utilização dos benefícios originados, principalmente atividades como tráfico ilícito de drogas e a corrupção. A lavagem de dinheiro é, indubitavelmente, um tema atual, merecedor de considerações especiais, principalmente pelos

ABSTRACT: The high level of criminal activities stemming from illicit activities is increasingly drawing international attention, triggering constant debates and putting into practice international texts, in order to curb the use of derived benefits, especially activities such as illicit trafficking drugs and corruption. Money laundering is undoubtedly a current topic, worthy of special consideration, particularly the ongoing discussions it generates. On account of this it increasingly arouses the interest of countries,

MARTINS, Fabiano Emídio de Lucena; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. O fenômeno da lavagem de dinheiro e o tráfico de drogas na *deep web:* avanço da criminalidade virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 125, p. 337-354, nov. 2016.

contínuos debates que gera. Por isso, cada vez mais desperta o interesse de países, de organismos internacionais e de especialistas no assunto. No presente trabalho, nosso estudo estará focado na lavagem de dinheiro e sua conexão com atividades do tráfico ilícito de drogas através da utilização da *deep web*.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de dinheiro - Tráfico ilícito de drogas - Criminalidade virtual.

international organizations and experts. In this paper, our study will focus on money laundering and its connection with activities of illicit drug trafficking by using the deep web.

KEYWORDS: Money laundering - Illicit drug trafficking - Virtual crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O Monitoramento da Internet e a busca por um ambiente virtual seguro - 3. *Bitcoin:* moeda virtual anônima - 4. Lavagem de capitais oriundos do tráfico de drogas na *deep web* - 5. Conclusão - 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Considerada o maior experimento da história envolvendo anarquia, a internet constitui um universo no qual trafegam incalculáveis quantidades de conteúdo digital sem qualquer tipo de controle hierárquico (SCHMIDT; COHEN, 2013, p. 11).

O vasto manancial de informações produzido diariamente na rede representa um potencial acervo de dados de inestimável valor para governos e empresas ávidos pelo monitoramento de comportamentos humanos.

Com efeito, sob o prisma comercial, tais informações traduzem-se em poderosas ferramentas de antecipação de ações empresariais e vantagens concorrenciais, possibilitando o domínio de mercados pelo prévio conhecimento de preferências e comportamentos dos usuários da rede, o que leva Jager (2013, p. 199) a afirmar que atualmente informações pessoais angariadas na internet são objeto de compra e venda como verdadeiras *commodities*.

Ademais, sob o ponto de vista de alegadas razões de segurança interna, que, em realidade, parecem escamotear intenções de cunho inegavelmente autoritário, lança-se mão de verdadeiros programas oficiais de espionagem em massa, capazes de analisar, filtrar e processar informações que deveriam restringir-se à intimidade de seus titulares.

Não é por outra razão que a internet, antes vista como um domínio da liberdade, tem sido concebida ultimamente como um território no qual as pessoas estão voluntariamente conectadas a um aparato de vigilância jamais idealizado.[1]

1. O monitoramento da internet a nível mundial chegou a um nível tal que a CIA já admite estar próxima da capacidade armazenar e processar toda a informação virtual gerada pela humanidade.

A *deep web*, considerada a porção invisível da internet em razão de seu conteúdo não estar indexado às ferramentas de buscas tradicionais, vem atraindo cada vez mais adeptos em razão da preservação do anonimato de seus usuários, garantida pelos mecanismos de criptografia ínsitos às ferramentas que possibilitam o acesso ao seu conteúdo.

Todavia, o anonimato garantido pela *deep web* vem sendo utilizado não apenas para propósitos nobres, ligados à preservação da privacidade ou à luta contra regimes autoritários. Ao afastar o controle das autoridades públicas sobre o conteúdo veiculado em seus domínios, a rede oculta apresenta-se como um território no qual vicejam crimes das mais variadas espécies, espaço em que são externadas facetas as mais deploráveis da condição humana, com exibições gratuitas de mutilações e assassinatos, exploração sexual de crianças etc. Além disso, a *deep web* constitui um espaço cibernético em cujos mercados negros são movimentados diariamente consideráveis montantes financeiros destinados à compra e venda de drogas ilícitas.

Tais transações financeiras ocorrem à absoluta revelia das autoridades públicas e dos mecanismos de controle oficiais, materializando-se, sobretudo, através da moeda virtual *Bitcoin*, cuja circulação é dissociada de qualquer tipo de controle por parte do sistema financeiro oficial, possibilitando o sigilo sobre a identidade dos usuários, num panorama que revela, à evidência, novos desafios para as autoridades públicas encarregadas da repressão à criminalidade.

Com efeito, a disseminação da *deep web* suscita inúmeros questionamentos acerca das possibilidades de dissimulação ou ocultação de capital ilícito, considerando-se o anonimato garantido pelas ferramentas de acesso à rede oculta, os mecanismos de transação financeira ali disponibilizados e a capacidade de quebra da criptografia que protege os usuários pelos órgãos persecutórios do Estado.

O presente artigo objetiva, pôr em relevo, as implicações decorrentes do uso da *deep web* no que tange ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro decorrente de tal atividade, e, para tanto, será dividido em três partes: a primeira versando sobre o monitoramento da internet e a busca por um ambiente virtual seguro; a segunda abarcando as principais características do sistema *Bitcoin*; e a terceira abrangendo a lavagem dos capitais oriundos do tráfico de drogas na *deep web*.

2. O MONITORAMENTO DA INTERNET E A BUSCA POR UM AMBIENTE VIRTUAL SEGURO

Os recentes levantes populares no mundo Árabe revelaram o grau de ingerência estatal sobre as comunicações e informações privadas dos usuários da inter-

net naqueles países, travando-se uma verdadeira batalha pelo anonimato no espaço cibernético entre os insurgentes e os aparatos oficiais de inteligência, o que possibilitou a disseminação mundial do movimento denominado *hacktivism*.[2]

Eric Schmidt e Jared Cohen ressaltam a sanha de regimes autoritários em controlar o fluxo de dados virtuais em seus territórios, vaticinando que num futuro próximo estados repressores não hesitarão em suas tentativas de controlar ou mesmo banir as comunicações através das redes virtuais conhecidas como P2P (*peer-to-peer*), métodos de comunicação que dispensam o uso de servidor, e que, por sua discrição no mundo virtual, deverão tornar-se o padrão de comunicação para todos aqueles que desejam um certo grau de sigilo (2013, p. 82).

Todavia, a crescente demanda por acesso a dados pessoais é uma realidade inarredável não apenas em regimes autoritários. Governos democráticos, sob pretextos os mais diversos, a exemplo do combate e prevenção ao terrorismo e do recrudescimento da segurança interna, solapam a privacidade das pessoas com políticas oficiais de invasão digital.

A vigilância na internet permite a realização do que se convencionou denominar "análise de tráfico": o conhecimento da fonte e do destino do tráfico de internet de uma pessoa permite rastrear seu comportamento e seus interesses. Modalidades poderosas de análise de tráfico vêm sendo utilizadas por espiões cibernéticos através de técnicas sofisticadas de estatística para rastrear as comunicações de indivíduos e de corporações (PAGANINI; AMORES, 2012, p. 32).

Combinações algorítmicas de dados virtuais são utilizadas por empresas e governos para prognosticar perfis e comportamentos de pessoas, de modo a predizer, numa verdadeira análise comportamental de cada indivíduo no mundo virtual, suas preferências nos mais diversos campos da vida pessoal.

Referindo-se à realidade norte-americana, Jager assevera que a Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos (NSA), em sua chamada "política de antecipação" ou "paradigma de prevenção", intercepta e armazena diariamente dados de mais de dois bilhões de e-mails e outros tipos de comunicação no afã de monitorar comportamentos suspeitos (2013, p. 106).

---

2. Paganini e Amores definem o *hactivism* como o uso de computadores e redes virtuais para expressar protestos sociais e promover ideologias políticas. O fenômeno virtual conhecido como Anonymous é o movimento que encarna o conceito de hactivismo atualmente. O hactivismo praticado pelo grupo Anonymous tem repercutido socialmente de forma muito incisiva, alimentando movimentos de protestos em todo o mundo (2012, p. 73).

Para analisar e filtrar dados, os governos e empresas utilizam o chamado *Deep Packet Inspection* (DPI), uma série de "caixas pretas" ou pontos de inspeção lançados randomicamente na internet que leem todo conteúdo que passa por eles, analisando-o e armazenando-o para um exame mais profundo *a posteriori*.

Essa ferramenta possibilita a leitura, cópia, análise e até a modificação de todo o tráfico de dados da internet. Malgrado sua inequívoca ingerência sobre a privacidade dos usuários, o DPI é largamente utilizado pelos governos ao redor do mundo, muitas vezes dissimulando propósitos de espionagem sob o manto da prevenção de ataques terroristas ou do combate à pedofilia.[3] Jaeger afirma que nos Estados Unidos o *Foreign Intelligence Surveillance Act* possibilitou à NSA e ao FBI o acesso direto aos servidores de qualquer companhia de internet norte-americana, aí incluindo Google, Facebook e Microsoft, e que referido acesso dá-se através de ferramentas de DPI. Além disso, a comunidade internacional denominada *Five Eyes*, integrada por Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, acessa dados virtuais diretamente através de cabos de fibra ótica e satélites de comunicação, obtendo-os, portanto, diretamente da fonte. Como resultado, pode-se assegurar que virtualmente todos os dados que trafegam na internet são rastreáveis (2013, p. 168).

Pierluigi Paganini e Richard Amores, ao referirem-se às técnicas de *Deep Packet Inspection*, ressaltam que as mais avançadas ferramentas de filtragem de dados foram desenvolvidas e são disponibilizadas por empresas do Ocidente, que as comercializam para que regimes autocráticos as utilizem como ferramentas de censura, a exemplo da China, Síria e Irã[4] (2012, p. 20).

Não há dúvidas, portanto, que a cada documento aberto por um usuário da internet através de computadores, telefones celulares ou tablets, seja ele em qualquer formato ou extensão (PDF, DOC, XLS, PPT), aplicativos ou navegadores, informações são vazadas na rede, deixando o usuário rastros que com-

3. Conrad Jaeger cita os exemplos da Rússia e da Islândia, bem como da China, Tunísia, Irã e Cazaquistão, que teriam utilizado a tecnologia, os dois primeiros, com propósito de espionagem sob o argumento do combate à pedofilia, e, os quatro últimos, que utilizam o DPI abertamente para monitorar dissidentes do regime (2013, p. 157).

4. De acordo com os autores, esse mercado chega a movimentar anualmente a astronômica quantia de cinco bilhões de dólares (p. 117); em seguida, os autores criticam a postura de tais empresas, a que denominam *dollars over rights*, ou seja, o dinheiro acima dos direitos, na medida em que, em regimes autoritários, a descoberta de dissidentes políticos que utilizam a *deep web* como campo para a livre manifestação do pensamento, pode custar suas vidas.

panhias ou governos podem coletar e vender no mercado, sem que o usuário tenha qualquer conhecimento a respeito.

Em termos ilustrativos, pode-se imaginar a figura de um policial cibernético no encalço de cada usuário da internet diuturnamente, registrando todas as informações acerca de seu comportamento virtual.

Tal panorama induz a uma necessidade latente de busca por privacidade no mundo virtual. Para além da proteção do sigilo de informações comerciais, de interesse público ou militares, a privacidade na internet, num mundo sob intensa e constante vigilância, pode estar associada à luta pelos direitos humanos, à defesa da liberdade de expressão, ao combate à censura e à salvaguarda da liberdade de pensamento.

É nesse contexto que avulta de importância a *deep web*. Concebida como o conteúdo da internet que não integra a internet de superfície,[5] a *deep web* pode ser representada como uma rede paralela cujas ferramentas de acesso permitem a navegação anônima,[6] dispondo das mesmas características da internet tradicional, como e-mail, *websites*, fóruns e redes sociais, não estando, porém, seus domínios indexados aos mecanismos de busca tradicionais, a exemplo do Google, Yahoo, dentre outros.

Muito embora não se desconheça a diferenciação técnica entre *deep web* e *dark web* levada a efeito pela literatura especializada,[7] ou mesmo a verdadeira profusão conceitual que grassa em torno da porção invisível da internet,[8] optou-se, em consonância com o ideário amplamente difundido, pela adoção do termo *deep web* para designar generalizadamente todo o conteúdo da internet

5. Utiliza-se a expressão *surface web* para designar o conteúdo da rede indexado às ferramentas tradicionais de busca, e, por tal razão, normalmente conhecido pelos usuários.

6. A rede Tor (sigla utilizada para designar *The Onion Route*) permite o tráfego de dados na internet de forma anônima, através de um sistema de túneis em que os roteadores são computadores de usuários comuns.

7. BERGMAN e PAGANINI; AMORES defendem que a *deep web* seria todo o conteúdo dinâmico da internet, gerado através de buscas específicas, requisições ou formulários. Já a dark web seria a "internet paralela" acessível através da rede TOR (The onion route), que garante o anonimato dos usuários. Dessa forma, o que se convencionou chamar vulgarmente *deep web* seria, na verdade, e sob o ponto das ciências da computação, *dark web*.

8. Silvana Monteiro e Marcos Fidencio, em diligente estudo sobre a temática, revelam ainda os termos *invisível* e *oculta* como referencia à porção da internet que não é composta por páginas da web em *Hyper Text Markup Language* (HTML).

oculto às ferramentas de busca tradicionais, sob pena de o presente trabalho imiscuir-se em terminologias e tecnicismos da ciência computacional alheios aos objetivos ora perseguidos.

No ano de 2001, quando a *deep web* ainda não possuía a imensa quantidade de dados e informações que possui hoje, Bergman já a estimava entre 400 a 550 vezes maior que a *surface web*, asseverando o referido autor que as ferramentas de busca tradicionais somente conseguem localizar 0,003% do conteúdo da rede, ou seja, uma em cada três mil páginas disponíveis, constituindo a *deep web* a parte da internet que cresce mais rapidamente desde então (2001, p. 1).

Conrad Jaeger estima que na *deep web* haja um fluxo diário de aproximadamente 400.000 usuários, o que denota tratar-se de ambiente ainda pouco explorado, sobretudo em comparação com os dois bilhões de usuários que diariamente navegam na *surface web*.

A *deep web*, entretanto, não é usada unicamente como poderoso vetor de liberdade de expressão a nível mundial, tampouco pode ser concebida exclusivamente como ambiente em que estão anonimamente conflagrados defensores de causas de pendor humanitário. Ao revés, a rede oculta tem se notabilizado como um verdadeiro submundo da criminalidade cibernética, no qual vicejam serviços de vendas de drogas ilícitas, armas, cartões de créditos falsos, dentre outras atividades ilícitas típicas de um ambiente não alcançado pelos tentáculos do Estado.

A consagração do anonimato num espaço em que os esforços pela maximização dos lucros ocorrem à absoluta revelia dos órgãos oficiais de controle e fiscalização dá ensejo a novas possibilidades de lavagem de dinheiro, sobretudo em se considerando as astronômicas quantias movimentadas pela criminalidade cibernética na atualidade, na casa das centenas de bilhões de dólares norte-americanos.[9]

9. Pierluigi Paganini e Richard Amores revelam que o General Keith Alexander, diretor da Agencia Nacional de Segurança e Chefe do Comando Cibernético do Pentágono, declarou recentemente que as atividades ilícitas no espaço virtual escamoteiam uma movimentação de recursos nunca vista na história, alertando que companhias norte-americanas perdem US$ 250 bilhões todos os anos com usurpação de propriedade intelectual no meio cibernético. O General cita dados obtidos em relatórios de empresas de segurança na internet que demonstram que US$ 114 bilhões de dólares foram perdidos em virtude da criminalidade cibernética, podendo tal montante atingir, num cenário global, a cifra de US$ 388 bilhões se o valor do tempo despendido e das oportunidades de negócios perdidas forem consideradas, valor que ultrapassa a soma dos mercados negros de maconha, cocaína e heroína (2012, p. 119).

3. *BITCOIN:* MOEDA VIRTUAL ANÔNIMA

Consoante já mencionado, a *deep web* é considerada um ambiente virtual em que tudo é possível, em cujos domínios podem ser encontrados à comercialização uma grande quantidade de produtos e serviços ilegais, oferecendo-se a criminosos cibernéticos uma vasta gama de opções que vão desde serviços de *hacker* e fraudes com cartões de créditos até armas, drogas, pedofilia e lavagem de dinheiro.[10]

As transações envolvendo produtos ilícitos na *deep web* são realizadas em mercados negros virtuais através da moeda virtual chamada *bitcoin*, nova modalidade monetária digital descentralizada. Diferentemente das demais modalidades de moedas virtuais, que caíram em descrédito meses após o fascínio despertado por seu advento, os *bitcoins* atraem a cada dia novos adeptos e consolidam-se com o passar do tempo como um fenômeno aparentemente irreversível, não obstante tratar-se de uma moeda privada global, desvinculada de qualquer unidade monetária nacional e absolutamente alheia ao sistema financeiro oficial (MORRIS-COTTERIL, 2013, p. 73).

Para tornar-se um usuário de *bitcoin*, o indivíduo primeiramente deve transferir e instalar em seu computador o programa correlato, que usa chaves de criptografia para automaticamente gerar um endereço eletrônico de *bitcoins*, que será utilizado para realizar suas transferências eletrônicas. O endereço é uma sequência única de 36 caracteres de letras e números, gravada na carteira virtual do usuário ou em seus arquivos pessoais. O usuário pode criar tantos endereços de *bitcoins* quantos desejar para realizar cada uma de suas transações, circunstância que torna ainda mais dificultosa qualquer tentativa de rastrear operações realizadas através da criptomoeda.

O sistema *Bitcoin* objetiva conferir às pessoas controle amplo e irrestrito sobre seu dinheiro. Nenhum sistema que dependa do governo ou de políticas monetárias oficiais pode ser considerado completamente livre. A rede *Bitcoin* pretende preencher essa lacuna, apresentando-se como sistema que confere ampla liberdade ao usuário, sem qualquer intermediação governamental ou bancária (SCHURMAN, 2012, p. 48).

Sausilitos revela que a cotação de *bitcoins* passou de 0,1 dólares norte-americanos em julho de 2010 para aproximadamente US$ 30 em julho de 2011, o que significa que um investimento de US$ 1.000 em *bitcoins* poderia se trans-

10. Alguns sítios da internet citam a utilização da *deep web* por criminosos para tráfico de órgãos e de seres humanos e contratação de assassinos de aluguel, não tendo sido encontradas, entretanto, referências científicas a esse respeito.

formar em aproximadamente US$ 300.000,00 em menos de um ano (2013, p. 30). Em setembro de 2013, a cotação de um *bitcoin* já equivalia a US$ 136. O limite de *bitcoins* disponíveis ao mercado é de vinte e um milhões, o que aponta para uma tendência de valorização da criptomoeda à medida em que sua escassez se aproxima. Como bem observa Morris-Coterril, os *bitcoins* não podem existir no vácuo. Sua existência e o interesse que despertam devem-se ao fato de tratar-se de uma moeda corrente paralela suscetível de ser transformada numa moeda corrente oficial (2013, p. 309).

Os programas virtuais de *bitcoins* controlam a quantidade de moeda virtual criada, mas não o seu valor de mercado, que é determinado pelo suprimento de *bitcoins* em circulação e o desejo das pessoas de adquiri-los e comercializá-los. Diferentemente das modas correntes formais, sujeitas a atuações arbitrárias de injeção de fluxo de capitais pelos bancos centrais, os *bitcoins* estão programados para uma quantidade pré-determinada (PAGANINI; AMORES, 2012, p. 140).

Além de comprados com moedas correntes oficiais de acordo com sua cotação, *bitcoins* podem ser gerados por um complexo processo virtual de "mineração". Os programas de mineração de *bitcoins* destinam-se à solução de problemas matemáticos de alta complexidade para quebra de chaves criptográficas, que, alegoricamente, assemelham-se à extração de pedras preciosas do subsolo, exigindo a utilização de *hardwares* específicos em seu mais alto grau de potência diuturnamente, o que redunda, muitas, vezes, num alto custo de tempo e eletricidade.

Rector aduz que a rede *Bitcoin* utiliza as técnicas de criptografia mais avançadas disponíveis, informando que uma equipe de investidores do Vale do Silício contratou altos especialistas em segurança para testar a segurança do sistema. Ao final de seis meses, não foram encontradas vulnerabilidades na rede *Bitcoin* (2013, p. 56).

Não há dúvidas, com efeito, que eventual disseminação e efetiva consolidação da rede *Bitcoin* a nível global pode representar um sério risco para empresas que operam com pagamentos na internet e até mesmo para instituições bancárias. O efeito atrativo da moeda virtual reside, sobretudo, na libertação física do dinheiro, possibilitando a realização de pagamentos e transferências instantâneas para qualquer parte do mundo, sem a exigência de qualquer pagamento pelo serviço prestado ou taxa bancária, cabendo ressaltar, ainda, a absoluta despreocupação com perdas, extravios, furtos, roubos ou clone de cartões de crédito ou dinheiro.

A criptomoeda foi concebida de modo a permitir sua ampla circulação entre as pessoas, funcionando como qualquer outra moeda oficial, à exceção de que não possui existência física.

O anonimato proporcionado pela *deep web*, aliado à absoluta extraoficialidade da rede *bitcoin*, torna a comercialização de produto ilícitos na rede oculta através da criptomoeda um inegável atrativo para criminosos cibernéticos. Com efeito, a comercialização de tais produtos na *deep web* é levada a cabo através de verdadeiros mercados negros virtuais, a exemplo do *Silk Road* (locução que pode ser traduzida como "rota da seda", numa possível alusão às prósperas rotas comerciais que interligavam o Oriente à Europa na antiguidade). Localizado na *deep web*, o *Silk Road* é um mercado virtual dedicado à venda de inúmeros bens e mercadorias ilegais, sobressaindo-se as drogas ilícitas, cuja comercialização opera-se exclusivamente através de *bitcoins*, permitindo-se às partes absoluto anonimato em suas transações.

Paganini e Amores, citando pesquisa realizada pelo instituto Carnegie Mellon, informam que o *Silk Road* comercializa anualmente, apenas em drogas ilícitas, o montante de US$ 22 milhões de dólares (2012, p. 212). No dia 2 de outubro de 2013, o FBI, através de técnicas de infiltração em organização criminosa, conseguiu prender Ross Ulbritch, que utilizava o pseudônimo Dread Pirate Roberts, responsável pelo *Silk Road*. Para chegar a Ross, os policiais realizaram mais de cem compras de substâncias entorpecentes, infiltrando-se na rede profunda. A página, a partir de então, passou a apresentar os símbolos das autoridades americanas, mas os fóruns continuam funcionando. O servidor que hospedava o Silk Road foi localizado em um país estrangeiro não informado pelo FBI. Interessante observar que o FBI não logrou eliminar as proteções criptográficas que asseguram o anonimato da *deep web*. A prisão ocorreu em razão da utilização de um método tradicional de investigação: a infiltração policial.

A pesquisa realizada pelo Carnegie Mellon revela que os mercados negros da *deep web*, utilizando-se da criptomoeda *Bitcoin*, apresentam como principal vetor financeiro o tráfico de substâncias entorpecentes, a exemplo da maconha, cocaína, heroína, ecstasy, dentre outras. Ainda que não se desconheça o esforço de autores como Paganini e Amores ao tentar demonstrar que semelhantes bens também podem ser encontrados na *surface web*, a verdade é que nesta não existe uma ostentação deliberada para o crime, e que eventuais atividades criminosas aqui constatadas são excepcionais e esporádicas, eis que amplamente detectáveis, o que não acontece na *deep web*, onde os criminosos encontram-se protegidos pelas redes de criptografia do sistema Tor.

Com efeito, ao esconder a identidade do usuário através de sistemas de criptografia, a rede Tor possibilitou a elaboração de *sites* que compõem o sufixo *onion*, os quais são inacessíveis aos navegadores comuns, possibilitando a veiculação de conteúdo e ilegal.

4. LAVAGEM DE CAPITAIS ORIUNDOS DO TRÁFICO DE DROGAS NA *DEEP WEB*

Nos últimos anos, o fenômeno da lavagem de dinheiro e as principais atividades ilícitas relacionadas com este delito, como narcotráfico, terrorismo e seu financiamento, corrupção, tráfico de seres humanos e o de armas, vem ultrapassando fronteiras, desestabilizando sistemas políticos, financeiros e econômicos de um país (PALITOT BRAGA; NEGREIROS DEODATO, 2013, p. 199).

O processo de lavagem de dinheiro não é simples (PALITOT BRAGA, 2013, p. 27), e costuma-se decompor o processo de lavagem de dinheiro em três fases distintas: ocultação, dissimulação e integração. Tal concepção, como destaca Blanco Cordero, foi adotada pelo GAFI, sendo a mais difundida na doutrina americana (2002, p. 62).

A ocultação (*placement*) ocorre quando o numerário oriundo da atividade criminosa é convertido em instrumentos monetários mais aptos a disfarçar a sua origem ilícita. Nas palavras de Aránguez Sanches, geralmente ocorre através de uma operação de fracionamento do capital ilícito, que tem por objetivo evitar o controle exercido pelo sistema bancário sobre operações de certa importância (2000, p. 41). A prática de *smurfing* ou *structuring*, bastante citada pela doutrina, que consiste no depósito ou movimentação dos valores em pequenas quantias, bem como a remessa do dinheiro para o exterior ou mesmo o seu depósito em contas de terceiros constituem exemplo da fase de ocultação.

A fase de dissimulação (*layering*) consiste na realização de transações financeiras, posteriores à ocultação, com o objetivo de afastar os valores de sua origem ilícita (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 25). São exemplos de atos de dissimulação a conversão do dinheiro ocultado numa instituição bancária em outros instrumentos como cheques de viagem, ações, bônus, dentre outros, ou mesmo a transferência eletrônica desses fundos de origem ilícita para contas em paraísos fiscais.

Por fim, a integração consiste na reintrodução do dinheiro na economia oficial, nas palavras de Caty Vidales, tornando difícil a distinção entre riqueza legal e ilegal, dando-lhe aparência de licitude, podendo ocorrer, por exemplo, através de transações imobiliárias ou alocação do dinheiro na contabilidade de empresas de fachada (1995, p. 73-74).

Em resumo, na síntese de Jiménez de Asúa, na primeira fase se insere o dinheiro no sistema financeiro, na segunda o mesmo é dissimulado, e, na terceira, opera-se a reingresso do montante em atividades aparentemente licitas (1999, p. 5).

Tais fases, contudo, não se afiguram estanques ou perfeitamente delineadas na prática, sendo, muitas vezes, extremamente difícil identificá-las separada-

mente. A rigor, nem todas as operações de lavagem de dinheiro envolvem as três fases distintamente. Algumas dessas operações, dada sua complexidade, podem até envolver mais fases (REUTER; TRUMAN, 2004, p. 470), ou mesmo revelarem-se os atos de tal forma superpostos ou aglutinados que não se é possível distinguir mais de uma fase.

A decomposição do processo de lavagem nas três fases ora descritas, entretanto, pode revelar novos contornos se cotejada com as possibilidades de lavagem de dinheiro suscitadas pela utilização de *bitcoins* na *deep web*.[11] A forma peculiar de criação, operação e distribuição de *bitcoins* confere-lhes uma suscetibilidade única para movimentação de fundos ilícitos.

Com efeito, não há falar em ocultação de fundos ilícitos quando a moeda corrente que materializa esses fundos sequer integra o sistema monetário oficial, estando, portanto, por sua natureza, necessariamente oculta da fiscalização do sistema financeiro desde sua criação.

Suponha-se o exemplo do traficante que cultiva *marijuana* e expõe a substância entorpecente à venda num mercado virtual da *deep web*. Ao obter *bitcoins* com a venda da droga e posteriormente converter a moeda virtual em dinheiro em espécie não pode ser acusado de lavagem de dinheiro, uma vez que nada ocultou ou dissimulou. Abre-se, irrefutavelmente, uma vereda bastante preocupante à inserção do dinheiro oriundo de atividades criminosas na economia formal.

Tal panorama pode revelar-se ainda mais preocupante quando o avanço da tecnologia revela que uma empresa de tecnologia da informação situada na cidade norte-americana de San Francisco desenvolveu caixas eletrônicos que instantaneamente possibilitam, mediante a leitura do dispositivo eletrônico do usuário, o saque de dinheiro em espécie por *bitcoins* (RECTOR, 2013, p. 35), já havendo notícias de que no final do mês de outubro de 2013 o primeiro caixa-eletrônico de *bitcoins* entrou em funcionamento na cidade de Vancouver, Canadá.[12]

11. Especificamente em relação à utilização de *bitcoins* na surface web, parece-nos correto o entendimento de Schurman, que, citando o perito em segurança da informação Dan Kaminsky, aduz a possibilidade de rastreamento de transações com *bitcoins* através do endereço do usuário. Além disso, eventual difusão do uso da moeda virtual forçaria a rede *Bitcoin* a adotar uma estrutura semelhante às instituições bancárias centralizadas (2012, p. 36).

12. Informação extraída do sitio eletrônico: [http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/ciencia/2013/10/30/canada-inaugura-primeiro-caixa-automatico-de-bitcoins-a-moeda-virtual.htm].

Dessa forma, caixas-eletrônicos de *bitcoins* tendem a facilitar o acesso do usuário da rede a dinheiro em espécie mediante o simples acesso ao seu endereço *Bitcoin*, uma combinação randômica de 36 caracteres que reforça o anonimato e distinguindo-a dos demais sistemas de pagamento virtual, a exemplo do *WebMoney*, *e-Gold* ou *Liberty Reserve* (PAGANINI; AMORES, 2012, p. 158).

Em semelhante sentido, Morris-Cotteril traz a lume a informação segundo a qual uma companhia norte-americana teria desenvolvido no ano de 2013 um dispositivo eletrônico que permite a qualquer pessoa, em qualquer ponto do mundo, prover a sua carteira virtual de *bitcoins* através de dinheiro em espécie. O dispositivo, que funciona como uma espécie de caixa bancário eletrônico, acessa as informações do endereço *Bitcoin* através do aparelho de telefone celular do usuário, a quem cabe, em seguida, inserir a quantia em dinheiro que deseja ver transformada em *bitcoins* e diretamente depositada em sua carteira virtual (2013, p. 212). Semelhante dispositivo, ao possibilitar a inserção de dinheiro em espécie num dispositivo eletrônico que irá convertê-lo em criptomoeda acessível em qualquer parte do mundo, sem qualquer tipo de controle por parte do sistema financeiro oficial, pode representar, inquestionavelmente, um sério problema às autoridades públicas encarregadas da repressão à lavagem de dinheiro.

O mercado negro da *deep web*, operacionalizado através de *bitcoins*, criptomoeda insuscetível de rastreamento, é um campo fértil para que narcotraficantes procedam à lavagem do dinheiro oriundo de seus delitos.

A preocupação em torno da matéria já assola as autoridades norte-americanas. Relatório da Seção de Inteligência do FBI revela que a rede *bitcoin* disponibiliza aos indivíduos campo fértil para a produção, transferência, lavagem e até mesmo subtração de recursos financeiros de forma anônima; sua natureza descentralizada agrega dificuldades adicionais para os investigadores em relação às demais moedas virtuais, asseverando que os *bitcoins* já vem sendo aceitos como forma de pagamento por criminosos, os quais utilizam-se de sistemas de pagamentos virtuais para compra e venda de bens e serviços e lavagem de dinheiro. Ainda de acordo com o FBI, *bitcoins* continuarão atraindo criminosos cibernéticos que vem na moeda digital uma forma de subtrair ou movimentar fundos de forma anônima, ou mesmo fazer doações a grupos dedicados a atividades ilícitas. Se os *bitcoins* crescerem em popularidade, tornar-se-ão uma ferramenta cada vez mais utilizada para várias atividades ilegais no mundo cibernético (PAGANINI; AMORES, 2012, p. 153 e 157).

Semelhante preocupação também se faz sentir em território sul-americano, eis que em relatório de julho de 2013 o GAFISUD, Grupo de Ação Financeira da América do Sul, adverte expressamente que a criptomoeda constitui um produto extremamente atrativo não apenas para quem deseja manter seus re-

cursos desvinculados do sistema oficial, como também para criminosos que procuraram salvaguardar os produtos de seus delitos.[13]

Frise-se ainda que os mercados negros instalados na *deep web* oferecem à venda dinheiro, circunstância que revela utilização de *bitcoins* na rede oculta para reciclagem de capitais. Com efeito, àquele que detém numerário oriundo do tráfico de drogas é conferida a possibilidade de comprar a moeda digital através de uma carteira virtual, em transação cujo anonimato é garantido pela rede *Bitcoin* pelas razões já explanadas, ou ainda lhe é aberta a possibilidade de oferecer a venda, em mercados negros situados na *deep web*, tal numerário ilícito, que poderá ser comprado com *bitcoins*, os quais posteriormente serão utilizados para a compra de dinheiro oficial, em operações insuscetíveis de rastreamento, conferindo-se, dessa forma, absoluta aparência de licitude ao dinheiro originalmente vinculado ao crime.

Pelo fato de não possuir uma autoridade regulatória central, não é possível exigir da rede *bitcoin* que suas atividades sejam pautadas de acordo com as regras emanadas das autoridades centrais responsáveis pelo monitoramento de atividades financeiras suspeitas, exigir-lhe a adoção de medidas de combate à lavagem de dinheiro, ou mesmo endereçar-lhe ordens judiciais de sequestro ou de bens ou outra medida de caráter assecuratório.

Diferentemente das transações bancárias eletrônicas comuns, em que os servidores são plenamente identificáveis, a rede *Bitcoin* opera numa base P2P, cuja conexão não está vinculada a nenhum ponto específico predeterminado, e na qual os servidores de comando e controle não tomam parte nas transações. Não há uma autoridade central de controle, não estando suas transações indexadas a nenhum servidor específico.

Freeman refere-se à expressão "what they can't find they can't get", ou seja, o que não pode ser localizado não pode ser obtido, para fazer alusão à proteção proporcionada pelos *bitcoins*, que permite a movimentação e ocultação de dinheiro à revelia das autoridades públicas (2013, p. 189).

O anonimato que protege aqueles que operam transações financeiras com *bitcoins* pode ser elidido a partir do momento em que os usuários convertam a criptomoeda em moedas correntes oficiais. Além disso, serviços que operam com a moeda virtual podem condicionar suas transações ao fornecimento de

13. O relatório do Gafisud faz referência aos *bitbills*, que constituem cartões pré-pagos que armazenam bitcoins e podem ser utilizadas em qualquer estabelecimento que comercialize seus produtos através da criptomoeda.

dados pessoais e informações bancárias dos clientes,[14] devendo tais serviços sujeitarem-se às obrigações estipuladas na legislação de combate à lavagem de dinheiro dos respectivos países, dentre as quais se destacam a de identificação de seus clientes e manutenção de cadastro atualizado e registro de toda transação financeira realizada, podendo a moeda virtual ser considerada "ativo passível de ser convertido em dinheiro".

Com efeito, não há argumento plausível a justificar a exclusão dos operadores (aí incluídos os mineradores), agentes e distribuidores de *bitcoins* dos regramentos oficiais de combate à lavagem de dinheiro. Todavia, conforme adverte Morris-Cotteril, com os padrões de tecnologia da informação atuais, o controle só pode ser exercido a partir do momento em que é convertida em moeda corrente oficial, quando poderão ser exigidas informações bancárias e de identificação do usuário (2013, p. 462-499).

Importante mencionar, ainda, que muito embora os usuários individuais não estejam sujeitos à regulamentação aplicável aos agentes financeiros oficiais, aqueles que comercializam *bitcoins* podem estar sujeitos, tais quais as casas de câmbio, à normatização de combate à lavagem de dinheiro e mesmo às normas referentes à proteção consumerista.

Rector revela que o governo norte-americano vem envidando esforços no sentido de regulamentar o uso da criptomoeda, e não de eliminá-la ou proibir sua circulação (2013, p. 56). Com efeito, o potencial uso da criptomoeda em atividades como tráfico de drogas e lavagem de dinheiro fez com que o Departamento de Serviços Financeiros de Nova York expedisse um memorando em que sugere o estabelecimento de um marco regulatório para a moeda virtual.[15]

Não há dúvidas, portanto, que a as operações financeiras levadas a efeito por narcotraficantes na *deep web* através de *bitcoins* dificultam o trabalho das autoridades encarregadas da persecução estatal, sobretudo no que diz respeito à identificação de usuários, detecção de atividades suspeitas e obtenção de dados de transações financeiras, atraindo, dessa forma, criminosos dedicados à lavagem de dinheiro que desejam evitar os sistemas financeiros tradicionais através do uso da internet para conduzir operações monetárias em escala global.

14. Por exemplo, a plataforma virtual de *bitcoins* MT. Gox estabelece que os usuários devem concordar em fornecer dados pessoais atuais, completos e pormenorizados para fins de registro, e mantê-los atualizados (PAGANINI; AMORES, 2012, p. 154).

15. Notícia extraída do sítio eletrônico [www.anonymousbrasil.com]. Acesso em: 29.11.2013.

5. CONCLUSÃO

As dificuldades na detecção de atividades suspeitas envolvendo *bitcoins* na rede oculta devem-se, sobretudo, ao fato de as mesmas não ocorrerem através do sistema bancário oficial.

Os esforços globais de combate à lavagem de dinheiro têm conduzido as instituições financeiras a adotar sistemas de relatórios de atividades suspeitas e técnicas de monitoramento que vem tornando-os menos atrativos à lavagem de dinheiro, sobretudo no que diz respeito à fase de ocultação (REUTER; TRUMAN, 2004, p. 185).

Tal circunstância, aliada ao crescente descrédito da população no sistema bancário, revelado, por exemplo, nas recentes manifestações em Wall Street, configura o pano de fundo de uma busca cada vez mais intensa por meios alternativos ao sistema financeiro oficial, configurando-se, dessa forma, o pano de fundo da consagração dos *bitcoins* nos dias atuais.

Os *bitcoins* podem ser instantaneamente convertidos *online* em dólares norte-americanos, euros, reais ou outras moedas correntes sem maiores dificuldades, já sendo possível encontrar até mesmo caixas eletrônicos que possibilitam a conversão imediata da moeda virtual em ativos oficiais e o saque subsequente do dinheiro em espécie.

A ampla disseminação dos *bitcoins* e sua consolidação enquanto veículo de circulação de ativos suscitam profundos questionamentos no que diz respeito à possível associação da criptomoeda à lavagem dos capitais oriundos do tráfico de drogas, sobretudo em se considerando a profusão de seu uso na *deep web*, espaço virtual cujas ferramentas de acesso garantem o anonimato do usuário e que hospeda uma vasta parcela da criminalidade cibernética atual, sendo, por tal razão, frequentemente associada ao obscurantismo, ao perigo e à perversão.

Os recursos disponíveis na rede oculta não são acessíveis às ferramentas de busca tradicionais e não são facilmente localizáveis, circunstâncias que, por um lado, permitem ao usuário a preservação do anonimato numa realidade cada vez mais hostil à privacidade humana, e, por outro, possibilitam a profusão de serviços de vendas de drogas ilícitas, armas, cartões de créditos falsos, dentre outras atividades criminosas ínsitas a um ambiente em que inexistem regras e o lucro a qualquer custo é o único imperativo (PAGANINI; AMORES, 2012, p. 210).

A combinação do anonimato proporcionado pela *deep web* com a proteção criptográfica da rede *Bitcoin* representa um instigante desafio à atividade persecutória do Estado, na medida em que os meios tecnológicos disponibilizados às autoridades públicas nos dias atuais não lhe permitem elidir referidas

proteções virtuais, observando-se, nos poucos casos de investigações criminais de sucesso, a utilização de mecanismos investigativos tradicionais, sobretudo a infiltração policial.

Muitas pesquisas têm sido financiadas por governos para o desenvolvimento de programas que sejam capazes de mapear a rede obscura e identificar seus usuários, mas há muitas limitações técnicas que continuam impedindo a identificação dos atores que operam na *deep web* (PAGANINI; AMORES, 2012, p. 116).

Não obstante a aparente novidade do fenômeno, as moedas correntes virtuais remontam ao ano de 1996 (MORRIS-COTTERIL, 2013, p. 949), havendo inclusive registros anteriores a esse ano, de modo que se as legislações falharam na definição e no enfrentamento a essa possibilidade de risco, tal fato deve-se a uma falha política que revela um parco entendimento da atual dinâmica das relações humanas.

Com efeito, os riscos que representam as moedas virtuais para a lavagem de dinheiro por traficantes de drogas não são novos. Mais do que o veículo utilizado para a lavagem, o problema residiria na resposta do Estado, muitas vezes lenta e inadequada quando comparada às ações criminosas que visa a combater.

6. BIBLIOGRAFIA

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Marcial Pons: Madrid, 2000.

BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Pierpaolo. *Lavagem de dinheiro:* aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BERGMAN, Michael K. The deep web: surfacing hidden value. In: *Journal of Electronic Publishing*, v. 7, n. 1, 2001. Disponível em: [www.oclc.org/research/publications/arr/1997/oneill/o%27neillar980213.htm]. Acesso em: 13.11.2013.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

DRUMMOND MONTEIRO, Silvana; FIDENCIO, Marcos Vinicius. *As dobras semióticas do ciberespaço:* da web visível à invisível. Transinformação, 2013.

FREEMAN, Anthony. *Bitcoin*: what is and why it matters. Obra acessada através de livro eletrônico no formato kindle, 2013.

GAFISUD. *Report on new payment methods:* prepaid cards, mobile payment and internet payment services, Jun. 2013.

JAEGER, Conrad. *Deepweb:* secrecy and security. Obra acessada através de livro eletrônico no formato kindle, 2013.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *El blanqueo de capitales en el derecho español.* Madrid: Dykinson, 1999.

MORRIS-COTTERILL, Nigel. *World money laundering report.* v. 12, n. 13. Obra acessada através de livro eletrônico no formato kindle, 2013.

NEGREIROS DEODATO, Felipe Augusto Forte de; PALITOT BRAGA, Romulo Rhemo. La lucha contra el fenómeno del blanqueo de capitales como necesaria protección del libre desarrollo del orden socioeconómico. In: *Ciudadania y Desarrollo,* Bomarzo, Albacete: Bomarzo, 2013.

PAGANINI, Pirluigi; AMORES, Richard. *The deep dark web:* the hidden world. Obra acessada através de livro eletrônico no formato kindle, 2012.

PALITOT BRAGA, Romulo Rhemo. *Lavagem de dinheiro:* fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. Curitiba: Juruá, 2013.

RECTOR, Brom. *Why bitcoin is here to stay.* Obra acessada através de livro eletrônico no formato kindle, 2013.

REUTER, Peter; TRUMAN, Edwin M. *Chasing dirty money:* the fight against money laundering. Obra acessada através de livro eletrônico no formato kindle, 2004.

SAUSILITOS, Marcos. *What you need to know about bitcoins.* Obra acessada através de livro eletrônico no formato kindle 2013.

SCHURMAN, Kyle. *Bitcoin:* free money or fraud? Obra acessada através de livro eletrônico no formato kindle, 2013.

VIDALES RODRIGUES, Caty. *Los delitos de receptación y legitimación en el Código Penal de 1995.* Valencia: Tirantlo Blanch, 1997.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina:

- Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório, de Luiz Régis Prado – *RT* 860/433-455, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 8/1149-1177, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 4/697-726 (DTR\2007\752); e
- O novo tratamento penal da lavagem de dinheiro (Lei 12.683/2012), de Luiz Regis Prado – *RT* 926/401-436 (DTR\2012\451071).