

**Direitos fundamentais,  
democracia e sistema penal**



Organizadores:

- **Adriano Figueiredo de Souza Gomes**
  - **Josevandro Raymundo Ferreira Nascimento**
  - **Ricardo Maurício Freire Soares**
- 

Colaboradores:

- **Adriano Figueiredo de Souza Gomes**
  - **Bruno Leite**
  - **Carlos Frederico Manica Rizzi Cattani**
  - **Camila Vasconcelos Magalhães Andrade**
  - **Erick Oliveira Rocha Gomes**
  - **Fábio Santos**
  - **Geder Luiz Rocha Gomes**
  - **Maiana Guimarães**
  - **Ricardo Maurício Freire Soares**
  - **Roberto Borges de Almeida Gomes**
  - **Selma Pereira de Santana**
  - **Tauana Fernandes Fontenelle**
- 

## **Direitos fundamentais, democracia e sistema penal**

---

Editora **DOIS DE JULHO**

Salvador, Bahia, Brasil

2017

**Direitos autorais:** reservados, segundo legislação em vigor, à Editora Dois de Julho.

**Capa:**

- Valnei Mota Alves de Souza.

**Diagramação eletrônica:**

- Couto Coelho – coutovsk@yahoo.com.br

**Editora Dois de Julho**

- [www.editoradoisdejulho.com.br](http://www.editoradoisdejulho.com.br)

**Conselho Editorial:**

- Antonio Adonias Aguiar Bastos (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Andrea Gaston (Universidade de Buenos Aires – Argentina)
- Antonio Gidi (Syracuse University – Estados Unidos da América)
- Camilo de Oliveira Carvalho (Faculdade Ruy Barbosa – Brasil)
- Carlos Ramos Nuñez (Universidade Católica do Peru – Peru)
- Cynthia de Araújo Lima Lopes (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Diego M. Papayannis (Universidade de Girona – Espanha)
- Fabiano Pimentel (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Fábio Periandro de Almeida de Almeida Hirsch (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Georges Louis Hage Humbert (Centro Universitário Jorge Amado – Brasil)
- João Glicério de Oliveira Filho (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- João Marinho da Costa (Universidade Católica do Salvador – Brasil)
- Johnson Barbosa Nogueira (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Juliana Pinheiro Damasceno e Santos (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Luiz Antonio dos Santos Bezerra (Universidade Estadual Santa Cruz – Brasil)
- Maria José Oliveira Capelo Pinto de Resende (Universidade de Coimbra – Portugal)
- Marta Biagi (Universidade de Buenos Aires – Argentina)
- Maurício Dantas Góes e Góes (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Paulo César Santos Bezerra (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Renato Dantas (Universidade Federal da Bahia – Brasil)
- Ricardo Rabinovich-Berkman (Universidade de Buenos Aires – Brasil)
- Vallisney de Souza Oliveira (Universidade de Brasília – Brasil)
- Valnei Mota Alves de Souza (Instituto Baiano de Pesquisa e Estudos Jurídicos – Brasil)
- Wagner Mota Alves de Souza (Instituto Baiano de Pesquisa e Estudos Jurídicos – Brasil)
- Wilson Alves de Souza (Universidade Federal da Bahia – Brasil) – Presidente.

D598      Direitos fundamentais, democracia e sistema penal / Organizadores: Adriano Figueiredo de Souza Gomes, Josevandro Raymundo Ferreira Nascimento e Ricardo Maurício Freire Soares. - Salvador: Ed. Dois de Julho, 2017.

227 p.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-65057-42-4

1. Direito – Brasil. 2. Direitos fundamentais – Brasil. 3. Direito penal – Brasil. 4. Democracia. I. Gomes, Adriano Figueiredo de Souza. II. Nascimento, Josevandro Raymundo Ferreira, III. Soares, Ricardo Maurício Freire. IV. Título.

CDD: 340

*Dedicamos a presente obra à querida Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pelas lições de humanidade e de compromisso com a Academia*



# Sumário

<b>Nota dos organizadores.....</b>	<b>11</b>
– <i>Adriano Figueiredo de Souza Gomes,</i>	
– <i>Josevandro Raymundo Ferreira Nascimento e</i>	
– <i>Ricardo Maurício Freire Soares</i>	
CAPÍTULO I	
<b>A ilegitimidade do direito penal em reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista.....</b>	<b>13</b>
– <i>Adriano Figueiredo de Souza Gomes</i>	
1. Notas introdutórias.....	14
2. Necessárias considerações sobre a categoria jurídica legitimidade.....	15
3. Aportes teórico-filosóficos acerca do garantismo penal: enquadramento técnico-dogmático acerca da teoria do garantismo penal, a base epistemológica do garantismo penal e o princípio basilar da legalidade estrita .....	17
4. Ilegitimidade do direito penal em reprimir as infrações contra o bem jurídico meio ambiente .....	22
5. Notas conclusivas.....	29
Referências .....	31
CAPÍTULO II	
<b>Medida Cautelar de Sequestro no Processo Penal Brasileiro...</b>	<b>35</b>
– <i>Carlos Frederico Manica Rizzi Cattani</i>	
1. Do perdimento de bens no direito penal .....	43
2. Medidas assecuratórias.....	48
3. Do sequestro de bens .....	51
Referências .....	52
CAPÍTULO III	
<b>Uma análise simbiótica dos bens jurídicos penalmente relevantes com a evolução da teoria da imputação objetiva....</b>	<b>55</b>
– <i>Erick Oliveira Rocha Gomes</i>	

Introdução.....	56
2. Breves considerações sobre a tutela dos bens jurídicos penalmente relevantes .....	58
3. Uma análise da evolução concepcional da teoria da imputação objetiva e sua simbiose com a tutela dos bens jurídicos penalmente relevantes .....	67
4. Conclusão .....	82
Referência.....	84

#### CAPÍTULO IV

### **O caso Chacina da Candelária e o direito ao esquecimento civil de ex-detentos.....**

– <i>Fábio Santos e</i>	
– <i>Bruno Leite</i>	
Introdução.....	88
1. Referencial teórico.....	91
1.1. O direito ao esquecimento civil e a ressocialização de ex-detentos .....	91
1.2. Evolução casuística do instituto no direito comparado ....	93
1.3. STJ e o direito ao esquecimento: Caso Chacina da Candelária.....	97
1.4. O interesse público sobre o crime e o decurso do tempo..	101
1.5. Ponderação entre o direito ao esquecimento civil e as liberdades comunicativas .....	103
2. Considerações finais .....	104
Referências .....	106

#### CAPÍTULO V

### **A legitimidade penal no Estado Constitucional Democrático de Direito: uma breve análise .....**

– <i>Geder Luiz Rocha Gomes</i>	
Referências .....	126

#### CAPÍTULO VI

### **A imagem do acusado, a presunção de inocência e a liberdade de informação: uma ponderação necessária de direitos fundamentais no processo penal brasileiro.....**

– <i>Ricardo Maurício Freire Soares</i>	
– <i>Maiana Guimarães</i>	



1. Introdução .....	130
2. Direito de imagem .....	131
2.1. Direito de imagem: sentido e alcance .....	131
2.2. Tutela jurídica do direito de imagem e seus desdobramentos.....	134
2.3. Limites ao Direito de imagem .....	135
3. Liberdade de informação.....	136
3.1. Evolução do direito de liberdade de informação no Brasil .....	136
3.2. Conceito e amplitude da Liberdade de informação .....	138
3.3. Limites à liberdade de informação.....	139
4. Direito de imagem do acusado.....	141
4.1. O conflito entre o direito de imagem do acusado e o direito à liberdade de informação .....	141
4.2. O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.....	144
4.3. O princípio da presunção de inocência como critério de ponderação e o Princípio da Necessidade como fundamento constitucional à proteção da imagem.....	147
4.4. Limites à proteção da imagem do acusado .....	150
5. Considerações finais .....	151
Referências .....	152

## CAPÍTULO VII

<b>A lei antiterrorismo brasileira – relativização do estado democrático de direito e dos princípios de direito penal? .....</b>	<b>155</b>
– <i>Roberto Borges de Almeida Gomes</i>	
– <i>Camila Vasconcelos Magalhães Andrade</i>	
1. Introdução.....	155
2. Terrorismo .....	156
3. Análise da lei antiterrorismo brasileira sob a perspectiva do estado democrático de direito .....	163
3.1. Proteção aos direitos humanos.....	167
3.2. Tuteladas liberdades constitucionais .....	170
4. Violações ao princípio da ofensividade efetuadas pela lei antiterrorismo brasileira.....	172
5. Violação ao princípio do devido processo legal substancial .....	175

6. Considerações finais.....	177
Referências bibliográficas .....	177

## CAPÍTULO VIII 181

<b>Calúnia contra a Presidente da República: a tensão entre o exercício da liberdade de expressão e a tutela da honra .....</b>	<b>181</b>
– <i>Selma Pereira de Santana</i>	
Introdução.....	182
1. A configuração do direito fundamental em causa .....	184
2. O crime de calúnia: alguns critérios de delimitação ontológica....	188
3. Por uma tentativa de delimitação entre o exercício da liberdade de expressão e a tutela da honra .....	195
Conclusão .....	200
Referências .....	200

## Capítulo IX 203

<b>Responsabilidade civil do Estado na superlotação carcerária</b>	<b>203</b>
– <i>Tauana Fernandes Fontenelle</i>	
1. Introdução.....	203
2. Contribuições de cesare beccaria e michel foucault.....	205
3. A finalidade e a previsão legal acerca do encarceramento .....	208
3.1 A violação do artigo 88 da Lei nº. 7.210/84.....	210
4. A responsabilidade civil do Estado na superpopulação carceraria.....	213
4.1. Conceito e fundamentos da responsabilidade civil: culpa e risco.....	214
4.2. Pressupostos: fato, nexa de imputação, dano, nexa causal e ilicitude .....	217
4.3. Reparação do dano: dano material, dano pessoal e dano moral .....	220
4.4. Causas excludentes da responsabilidade civil do estado...	221
6. Considerações finais.....	225
Referências .....	227

# Nota dos organizadores

*Adriano Figueiredo de Souza Gomes,  
Josevandro Raymundo Ferreira Nascimento e  
Ricardo Maurício Freire Soares*

A presente obra que ora apresentamos à comunidade jurídica é o reflexo dos estudos desenvolvidos por renomados professores e pesquisadores sobre uma instigante tricotomia: direitos fundamentais, democracia e sistema penal.

Deveras, os artigos científicos aqui condensados abordam temas atuais e polêmicos sobre as prerrogativas dos cidadãos e os desafios dos profissionais da área jurídica em face do exercício do *jus puniendi* pelo Poder Público, mormente no contexto normativo-institucional do Estado Democrático de Direito, cujo modelo jurídico-político se encontra ainda em processo de consolidação na sociedade brasileira.

Deveras, trata-se de mais um livro que oferecemos aos leitores com o objetivo de contribuir para o relevante e inconcluso debate sobre os novos rumos e limites da atuação dos agentes sociais perante as instituições que compõem o sistema de justiça penal existente no Brasil.

*Salvador-Bahia, outono de 2017.*



## Capítulo I

# A ilegitimidade do direito penal em reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista

*Adriano Figueiredo de Souza Gomes\**

**SUMÁRIO:** 1. Notas introdutórias – 2. Necessárias considerações sobre a categoria jurídica legitimidade – 3. Aportes teórico-filosóficos acerca do garantismo penal: enquadramento técnico-dogmático acerca da teoria do garantismo penal, a base epistemológica do garantismo penal e o princípio basilar da legalidade estrita – 4. Ilegitimidade do Direito Penal em reprimir as infrações contra o bem jurídico meio ambiente – 5. Notas conclusivas

**RESUMO:** A proposta do presente trabalho reside, preliminarmente, no estudo acerca da categoria jurídica denominada legitimidade para finalidade de analisar a (i)legitimidade da intervenção jurídico-penal na seara ambiental. Registre-se, além disso, que as conclusões extraídas desta presente formulação estão alicerçadas no referencial teórico garantista penal (especificamente em sua garantia substancial: o princípio da estrita legalidade), o qual consolida, além da máxima efetivação da tutela dos valores e direitos fundamentais assegurados à ordem social, o modelo de criminalização mínima (Direito Penal Mínimo), nos quadros do Estado Constitucional de Direito. Ademais, com amparo nas premissas e decorrências lógicas da Teoria do Garantismo Penal, procurou-se demonstrar a ilegitimidade do Direito Penal em reprimir as infrações contra o bem jurídico meio ambiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Legitimidade. Referencial teórico garantista. Direito penal. Meio ambiente

**ABSTRACT:** The purpose of this scientific work is the study of the legal category called legitimacy to analyze the purpose of (i) the legitimacy of legal and criminal action in the camp environment. Moreover, the

---

(\*) Mestre em Direito Público, com ênfase em Direito Penal Contemporâneo, pela Universidade Federal do Estado da Bahia (2013); Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado da Bahia; Professor do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal da Universidade Salvador (UNIFACS); Professor do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade Baiana de Direito; Coordenador Adjunto do Programa Estadual de Assistência a Vítimas, Testemunhas e Familiares de Vítimas de Crimes no Estado da Bahia (PROVITA-BA). Advogado Criminalista.

conclusions from this present formulation are grounded in theoretical garantism criminal (specifically in its substantial guarantee: the principle of strict legality), which consolidates, beyond the maximum effectiveness of the protection of fundamental rights and values secured to the social order, the minimal model of criminalization (minimum Criminal Law), the staff of the State Constitutional Law. Finally, with support on logical assumptions and consequences of the Theory of Criminal guaranteeism, tried to demonstrate the illegitimacy of the criminal law to suppress offenses against the legal environment.

**KEY WORDS:** legitimacy. Theoretical garantism. Criminal law. Environment

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em linhas preliminares, impõe consignar que, tendo em vista o corte epistemológico efetuado, o presente trabalho apresenta como precípua objeto temático o estudo acerca da (i)legitimidade da intervenção jurídico-penal na seara ambiental.

Sob esta perspectiva, importa sinalizar que o marco teórico do qual partiram as premissas e subseqüentes conclusões fora o Garantismo Penal, sendo oportuno registrar que tal teoria fora selecionada para funcionar enquanto referencial teórico na análise da (i)legitimidade do Direito Penal Ambiental.

Assim sendo, fora necessário tecer necessárias considerações sobre a categoria jurídica legitimidade com o objetivo de demonstrar que, para a sua completa análise, é preciso selecionar determinado referencial teórico, bem assim estabelecer a conjuntura sócio-político-cultural, na qual será estabelecido o *legítimo*.

Em seqüência, por zelo ao encadeamento lógico-argumentativo, optou-se por abordar as premissas teórico-filosóficas concernentes do Garantismo Penal, destacando a estruturação coerente e unitária do esquema epistemológico garantista, bem como explicitando a escolha por um modelo de criminalização mínima (Direito Penal Mínimo).

Ao final, fora enfrentada a temática específica do presente trabalho, a qual fora traduzida pela ilegitimidade do Direito Penal em reprimir as infrações contra o bem jurídico meio ambiente à luz do referencial teórico garantista, alicerçado pelo princípio basilar da legalidade estrita.

## 2. NECESSÁRIAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A CATEGORIA JURÍDICA LEGITIMIDADE

Inicialmente, por zelo ao encadeamento lógico-argumentativo, tem-se por necessário, antes de enfrentar o objeto central deste trabalho, tecer necessárias considerações acerca da categoria jurídica denominada legitimidade, a qual mantém estreita relação com concepções básicas de Direito, Estado, Poder e Sociedade.

Em termos conceituais, é possível afirmar que não há maiores divergências doutrinárias (*Cf.* WERLE; SOARES, 2008; ADEODATO, 1989; WOLKNER, 2008; FERRAZ JUNIOR, 2008) acerca da acepção do termo legitimidade, estando o mesmo relacionado a juízos de adequação (de compatibilidade axiológica) entre determinado instituto e certo contexto sócio-cultural, consoante selecionado referencial teórico.

Com efeito, não há maiores diferenciações sobre o conceito empregado ao termo legitimidade, consistindo esta categoria jurídica em um atributo conferido a determinado objeto que se adéqua, sob uma perspectiva valorativa, a certa conjuntura (social, econômica e política), nos termos do referencial escolhido.

Exemplificativamente, a legitimidade pode ser traduzida por um juízo de adequação de uma restrição de direito tal qual a prisão provisória (objeto), nos quadros do Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais (contexto sócio-político-cultural), sob a análise da Constitucional Federal de 1988 (referencial teórico escolhido).

Sem embargo, nos termos do artigo 5º, inciso LXI<sup>1</sup>, CF/88, a prisão cautelar (provisória) é legítima nos quadros do Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais, uma vez que se coaduna com os interesses e valores tutelados na correlata conjuntura sócio-político-cultural (segundo as circunstâncias de tempo e lugar). Sob esta perspectiva, uma pontuação deve ser efetuada, a saber:

---

1.. LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

[...] a legitimidade repousa “na fé na legalidade das ordens estabelecidas e do poder de mando daqueles aos quais essas ordens facultam o exercício do poder” (WERLE; SOARES, 2008, p. 129).

Ultrapassadas essas primeiras considerações, importa salientar que, a despeito de a conceituação acerca da mencionada categoria jurídica não sofrer significativas variações em sede doutrinária, a depender do referencial teórico selecionado, a legitimidade de determinado objeto, em certo contexto, apresentará sentidos diversos. Nessa mesma linha de intelecção, eis o quanto sustentado por João Maurício Leitão Adeodato (1989, p. 24), *ad litteram*:

O termo legitimidade tem um sentido diferente segundo os pressupostos e a perspectiva adotados: há um sentido vulgar, um sentido político ideológico, um sentido para o direito civil e muitos outros, sem contar a ocasião em que a palavra é empregada sem qualquer sentido. Finalmente, além da falta de acordo sobre estes conceitos-chave na doutrina contemporânea, não se deve esquecer as variações dos mesmos através dos séculos, segundo predominasse essa ou aquela escola, este ou aquele aspecto. Em suma, o tratamento da legitimidade exige um quadro de referências filológicas e uma explicação histórica.

Com efeito, o juízo de legitimidade, conforme visto nas linhas pretéritas, relaciona-se a determinado referencial teórico (selecionado) e, em razão disso, a possibilidade de variação semiótica (*Cf.* SOARES, 2010, p. 20) do *legítimo* é extremamente factível. No entanto, tem-se por necessário advertir que a seleção de tal ou qual referencial teórico não pode ser aleatória, uma vez que, consoante pontuado anteriormente, a noção de legitimidade não se afasta do plexo axiológico extraído de uma determinada conjuntura sócio-político-cultural.

Nesse sentido, confira-se o seguinte entendimento doutrinário (WERLE; SOARES, 2008, p. 129), *ipsis litteris*:

No decorrer dos processos de racionalização das sociedades modernas, caracterizados por uma crescente complexidade e diferenciação das estruturas sociais com a expansão da economia capitalista de mercado e a consolidação do sistema burocrático administrativo do Estado moderno, e por uma crescente diferenciação das esferas culturais de valor, as teorias contratualistas apoiadas na tradição do direito natural racional foram sendo consideradas inadequadas para esclarecer o problema da legitimidade da dominação política.



Diante do quanto salientado outrora, verifica-se que o referencial teórico deve ser compatível com o contexto sócio-cultural (resultado de amplo e complexo processo de socialização) (WOLKMER, 2008, p. 424), sob o qual será efetuado o juízo de legitimidade de determinado objeto.

A título exemplificativo, é possível afirmar que o referencial teórico garantista (orientado pelo vetor da máxima efetivação dos direitos fundamentais sob uma base epistemológica de matiz juspositivista crítica) é compatível com a conjuntura sócio-cultural instalada no Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais pátrio.

Isso porque, com uma simples e superficial leitura do Texto Constitucional pátrio, especificamente tomando como base o extenso e exemplificativo rol de Direitos e Garantias Fundamentais estampado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, conclui-se que o diploma normativo orientador e mantenedor da consolidação sócio-político-cultural pátria, apresenta caráter garantista (eis, portanto, a compatibilidade acima mencionada).

Ademais, haja vista o problema da legitimidade do sistema normativo ser um dos mais intrincados da literatura jusfilosófica (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 288), o presente trabalho se ocupa do estudo acerca da ilegitimidade do Direito Penal em reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista.

Assim sendo, ante o quanto enfrentado neste tópico preliminar, optou-se pela Teoria do Garantismo Penal (referencial teórico selecionado) para enfrentar a ilegitimidade do Direito Penal Ambiental (objeto) nos quadros de um Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais (conjuntura sócio-político-cultural pátria).

### **3. APORTES TEÓRICO-FILOSÓFICOS ACERCA DO GARANTISMO PENAL: ENQUADRAMENTO TÉCNICO-DOGMÁTICO ACERCA DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL, A BASE EPISTEMOLÓGICA DO GARANTISMO PENAL E O PRINCÍPIO BASILAR DA LEGALIDADE ESTRITA**

Em notas iniciais, importa ressaltar, a título de ordem histórica, que a Teoria do Garantismo Penal começa a ganhar seus primeiros contornos,

em plena década de 70, na Itália, originando-se, consoante registra Paulo Rangel (2012, p. 02), de um movimento do uso alternativo do direito, propugnado por magistrados do grupo Magistratura Democrática. Por tal movimento ideológico, o acusado não era considerado como objeto da investigação estatal, e sim encarado enquanto sujeito de direitos a serem tutelados pelo Estado, principalmente, no curso da persecução criminal (do inquérito policial ao processo penal).

Dentre os juízes insatisfeitos com aquele quadro verdadeiramente antidemocrático, estava Luigi Ferrajoli – o idealizador e expoente máximo da Teoria do Garantismo Penal. Em sua obra *Direito e Razão – conclusão de uma extensa e minuciosa investigação*, precedida por estudos de filosofia, epistemologia, ética, lógica, teoria e ciência do direito, dentre outras incursões, nos termos do prefácio confeccionado por Norberto Bobbio –, Ferrajoli sintetiza, de forma clara e precisa, o que denomina Garantismo, *in verbis*:

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela maioria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário. (FERRAJOLI, 2002, p. 271).

Diante do quanto exposto nas linhas pretéritas, percebe-se, sem maiores dificuldades, que o modelo garantista se aproxima – e muito! – da formação moderna estatal denominada *Estado de Direito*. A seguinte assertiva esclarece: o terreno no qual se ergue o Estado de Direito é campo fértil para o florescimento do garantismo penal, é dizer, o objetivo fulcral pretendido pelo ideal garantista (tutela de valores e direitos fundamentais de absolutamente todos os indivíduos, ainda que em fraca minoria) resta equacionado pelos limites (formais e substanciais) impostos ao exercício do poder nos quadros do Estado de Direito.

Com efeito, de acordo com Aleksander Peczenik (2003, p. 133), “quanto mayor sea el grado de respeto de los derechos humanos y

políticos de los ciudadanos por parte de quienes detentan el poder, tanto mejor será el Estado de derecho”. Assim sendo, verifica-se que é intrínseca a relação existente entre o Estado de Direito e o objetivo de tutela de valores e direitos fundamentais proposto pelo garantismo, tendo em vista que um alto grau de respeito aos direitos humanos e políticos dos indivíduos reflete o elevado nível de desenvolvimento do Estado de Direito.

A proximidade existente entre Estado de Direito e o modelo garantista é tamanha que, dentre as acepções extraídas da expressão “Garantismo”, Ferrajoli identificou que o “garantismo é a principal conotação funcional de uma específica formação moderna que é o Estado de Direito” (FERRAJOLI, 2002, p. 687).

Ultrapassadas essas considerações preliminares acerca do enquadramento técnico-dogmático da Teoria do Garantismo Penal, torna-se possível iniciar o estudo da base epistemológica garantista, uma vez que, estabelecidas as propostas e o objetivo central deste modelo, mais apreensível será o entendimento das premissas teórico-filosóficas que alicerçam o ideal garantidor.

Nesse ponto específico, torna-se necessário registrar, para que não parem dúvidas quanto à importância do objeto temático deste tópico, que é a partir do estudo das raízes epistemológicas do Garantismo Penal que se passa a entender a relação entre determinadas premissas teórico-filosóficas e uma das diretivas assumidas pelo referencial teórico garantista, a saber: a opção por um modelo de criminalização mínima (Direito Penal Mínimo).

Acerca da Epistemologia Garantista, Luigi Ferrajoli (2002, p. 29) sinaliza que o lastro principiológico que alicerça o modelo garantista – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, dentre outros – é fruto da tradição jurídica iluminista e liberalista, a qual amadureceu no século XVIII. E conclui: as premissas teórico-filosóficas extraídas de tal tradição jurídica decorrem, especificamente, das seguintes doutrinas e correntes de pensamento: doutrina dos direitos naturais, teorias contratualistas, positivismo jurídico (crítica), as concepções utilitaristas do direito e da pena, dentre outras.

Em razão de sua importância para este trabalho, confira a influência da concepção utilitarista do direito e da pena no modelo garantista. Sem embargo, a própria finalidade perseguida pelo segmento teórico garantista já expõe o necessário atendimento ao máximo bem-estar possível (tendência utilitarista) aos indivíduos através da otimização da tutela de seus correlatos valores e direitos assegurados.

Nesse sentido, deve ser mencionado que o traço utilitarista encontrado no modelo garantista traduz uma perspectiva abrangente do moderno utilitarismo penal, uma vez que se busca, além do máximo bem-estar possível dos não desviantes, o mínimo mal-estar necessário dos desviantes (FERRAJOLI, 2002, p. 267/268), o que reflete a orientação por um modelo de criminalização mínima (Direito Penal Mínimo), com base no princípio da intervenção mínima e, por conseguinte, em seus corolários (subsidiariedade e fragmentariedade).

Ultrapassada a análise dessa corrente de pensamento, importa salientar uma importante observação feita por Ferrajoli (2002, p. 30), a saber: o modelo garantista conta com um lastro principiológico que, além de formar um sistema coerente e unitário, configura um “esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar [...] o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”.

Esse esquema epistemológico garantista é alicerçado por dois importantes princípios (legalidade estrita e estrita jurisdicionariedade), os quais se relacionam, respectivamente, com a taxatividade penal (garantia penal) e com a observância do devido processo legal<sup>2</sup> (garantia processual), para fins de assegurar a segurança jurídica e a otimização da tutela dos valores e direitos assegurados aos cidadãos.

---

2.. Acerca do Princípio Constitucional do Devido Processo Legal, posiciona-se Ricardo Maurício Freire Soares (2008, p. 74), o qual pontua o seguinte: “(...) cumpre examinar as projeções mais relevantes do devido processo legal em sentido formal, como garantias processuais que, na condição de subprincípios, densificam/concretizam o macrop princípio do *procedural due process of law*. Sendo assim, merecem destaque as seguintes garantias: isonomia; contraditório e ampla defesa; a previsão do juiz natural; a inafastabilidade da jurisdição; a publicidade dos atos processuais; a motivação das decisões judiciais; o duplo grau de jurisdição; a proibição do uso de prova ilícita; e a duração razoável do processo”.

Em razão da importância para este trabalho, optar-se-á pelo enfrentamento, apenas, do princípio de estrita legalidade, sobre o qual deve ser registrado o seguinte: o referido pilar (principiológico) de sustentação do Garantismo Penal conforma uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade (utilização de termos determinados – certos e claros – na confecção dos tipos penais) e a precisão (emprego de termos com significado unívoco e preciso) das formulações legais.

Com efeito, tendo em vista que, mediante a utilização do aparato jurídico-penal, ocorre a intervenção estatal mais severa na liberdade do indivíduo, a segurança jurídica exige que o indivíduo seja protegido – por meio de uma vinculação legal rigorosa – contra decisões imprevisíveis (arbitrárias), bem assim que as leis sejam efetivamente determinadas (taxativas: certas e claras) para o reconhecimento prévio do que realmente será punível (ROXIN, 2007, p. 21).

Sobre a importância da legalidade e sua compatibilidade com o modelo garantista, Luiz Luisi (2003, p. 23) sinaliza que o referido princípio, além de balizar o poder punitivo estatal nos limites da formulação legal, atribui ao Direito Penal uma função de garantia. Isso porque o princípio da legalidade determina o alcance das figuras delitivas e os limites da sanção penal, assegurando ao indivíduo que somente por certos e taxativos fatos previamente definidos em lei como crime, e naquelas penas previamente delimitadas poderá ser responsabilizado criminalmente.

É por tudo isso que, em especial, o princípio de estrita legalidade merece destaque nesse tópico, uma vez que a taxatividade das normas – por meio da clareza e certeza necessárias, bem como da precisão (mediante a utilização de termos com significado unívoco e preciso) – é fator decisivo para o alcance da função de garantia atribuída ao Direito Penal. E, dessa forma, evitam-se as indesejadas intervenções jurídico-penais ilegítimas como sói ocorrer com o Direito Penal Ambiental, cuja legislação penal especial é marcada por uma tipicidade excessivamente aberta, caracterizada por expressões imprecisas e uma inflação de normas penais em branco.

Diante do quanto exposto, ao reconhecer que a ordem social é um estado que constantemente requer segurança e defesa ante os múltiplos

conflitos (ROXIN, 1986, p. 124), o referido pilar do esquema epistemológico garantista (estrita legalidade) é irrenunciável nos quadros de um Estado de Direito (garantidor da tutela de valores e direitos assegurados ao indivíduo), que não se compatibiliza com a legitimação forçada de intervenção jurídico-penal ilegítima (traduzida pelo Direito Penal Ambiental).

Enfrentadas as necessárias considerações a respeito do referencial teórico garantista, cumpre doravante, confrontando-as com a intervenção jurídico-penal na seara ambiental, demonstrar a ilegitimidade do Direito Penal em reprimir as infrações contra o meio ambiente. É, precisamente, o que se passa a fazer no tópico subsequente.

#### **4. ILEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL EM REPRIMIR AS INFRAÇÕES CONTRA O BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE**

Em linhas introdutórias, por zelo ao encadeamento lógico das idéias, convém registrar – a título histórico – que a preocupação (consciência social) referente à destruição do meio ambiente pela ação devastadora do homem teve início, especialmente, a partir da segunda metade do século XX. Eduardo Reale Ferrari, ao tratar da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente, pontua que as causas da referida afetação ao meio ambiente estão vinculadas diretamente a atividades do homem<sup>3</sup>, “destacando-se o processo tecnológico, a urbanização desenfreada, a explosão demográfica e a sociedade de consumo, tornando atual e democrática a polêmica acerca dos limites dos recursos do nosso planeta” (FERRARI, 2003, p. 1185).

De fato, a conscientização ambiental ganha relevo no cenário mundial, principalmente, com o advento da Conferência de Estocolmo (*Cf.*

---

3. Nesse mesmo sentido, a Professora Doutora Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado (2010, p. 25) assinala que a intervenção humana no meio ambiente e os respectivos problemas decorrentes não são recentes, mas alcançaram níveis alarmantes, em função de fatores econômicos e políticos, sendo certo que o crescimento populacional contínuo também foi motivo para a diversificação das ações do ser humano sobre o meio ambiente.

SANTANA, 2005, p. 97/131), em 1972, porquanto o grau de preservação do meio ambiente se “generaliza e a proteção do ambiente torna-se um dos pilares na edificação de uma nova ordem internacional” (PRADO, Luiz Regis, 2005, p. 64). Especificamente no que diz respeito ao Brasil, registre-se que o movimento de defesa ao meio ambiente teve início na década de 70 do século XX, no Estado do Rio grande do Sul, que, desde então, vem se mantendo em posição de vanguarda no que concerne à proteção ambiental.

No âmbito desta verdadeira mudança de paradigma, a questão ambiental superou o patamar de discussão político-econômica, sendo o meio ambiente inserido no rol dos elementos (bens jurídicos) sujeitos à tutela jurídica (Cf. SERRANO, 1998, p. 33/49), alcançando, na maior parte dos Estados, o *status* de valor constitucionalmente assegurado.

No Brasil, seguindo-se a trajetória evolutiva de países como Portugal, Grécia e Espanha, fora consagrada a tutela jurídica constitucional-ambiental, a qual vem estatuída no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Segundo o referido dispositivo normativo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser contemplado enquanto valor de indiscutível relevância para a qualidade de vida do homem, devendo ser protegido pela coletividade em respeito às presentes e futuras gerações.

Nesse passo, haja vista o quanto disciplinado no artigo 225, § 3º, do Texto Constitucional, significativa parcela da doutrina jurídico-penal (e ambiental) nacional, encabeçada por Luiz Regis Prado (2005, p. 80), passou a sustentar que a Constituição Federal de 1988 traz, em seu bojo, um mandato expresso de criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente. No intuito de corroborar o quanto asseverado, confira o quanto sustentado pelo referido autor, *ipsis litteris*:

Desse modo, não se limita simplesmente a fazer uma declaração formal de tutela do ambiente, mas, na esteira da melhor doutrina e legislação internacionais, estabelece a imposição de medidas coercitivas aos transgressores do mandamento constitucional.

---

4. Eis o teor do referido dispositivo normativo, *in verbis*: § 3º – *As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*

Assinala-se a necessidade de proteção jurídico-penal, com a obrigação ou mandato expresso de criminalização. Com tal previsão, a Carta brasileira afastou, acertadamente, qualquer eventual dúvida quanto à indispensabilidade de uma proteção penal do ambiente.

Com efeito, consoante foi advertido nas linhas pretéritas, inúmeros estudiosos da matéria sustentam a necessidade da proteção jurídico-penal ao meio ambiente (Cf. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas, 2000), inclusive, a Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 210), a qual ressalta que a ameaça representada pela forma de vida praticada pela sociedade pós-industrial ao equilíbrio ecológico repercute no Direito Penal, instigando-o a inserir no rol de suas preocupações tradicionais a tutela de bens supraindividuais.

Sem embargo, a criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente consubstancia reflexo de um contexto social caracterizado pela interferência dos riscos (sociedade de riscos<sup>5</sup>), no qual o constituinte originário de 1988 ressaltou a prevenção do risco do dano ambiental<sup>6</sup>. Entretanto, essa tentativa de inviabilizar a ocorrência dos riscos, mediante uma prevenção de natureza criminal, não reflete a postura que deve (ou deveria!) assumir o Direito Penal Constitucional<sup>7</sup> – alheio a uma

- 
5. De acordo com Luis Gracia Martin (2005, p. 47/48), *in verbis*: “Um primeiro âmbito do Direito penal moderno estaria constituído por um grupo de tipos delitivos com um conteúdo de injusto relativamente homogêneo em virtude do dado comum de que em todos eles se constata a realização de condutas que representariam apenas, no máximo, um simples e mero perigo abstrato para bens jurídicos principalmente individuais. Para um setor da doutrina, este âmbito particular do Direito penal moderno seria conseqüência do modo político pelo qual o estado do presente resolve afrontar os conflitos sociais característicos da dinâmica da sociedade moderna, que é compreendida e explicada como uma ‘sociedade de riscos’. O Direito penal moderno seria aquele próprio e característico da ‘sociedade de riscos’”.
  6. Acerca da relação existente entre a ‘sociedade de riscos’ e a preservação do meio ambiente, conferir PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas, 2010, p. 26.
  7. Nesse sentido, eis o que pontua Luiz Luisi (2003, p. 40), *ad literam*: “A constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (artigo 5º caput), e põe como fundamento do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1º do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. Destarte, embora



expansão (Cf. SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 28/30) temerária – perante o atual Estado Democrático e Social de Direito pátrio.

Com efeito, a partir de uma interpretação lógico-sistemática e teleológica da Constituição Federal pátria, percebe-se que a opção política assumida, no Texto Constitucional pátrio, conduz à inelutável conclusão de que fora proposto um modelo de criminalização mínima (Direito Penal Mínimo), nos termos da concepção utilitarista norteadora do referencial teórico garantista. Diferentemente do que sustenta Luiz Regis Prado, o designado comando constitucional, ao revés de consubstanciar um mandato expresso de criminalização, corporifica, sim, uma opção (equívoca, por sinal!) dada ao legislador ordinário no sentido de criminalizar infrações contra o meio ambiente.

Ocorre, no entanto, que tal diretiva (de neocriminalização), opondo-se ao referencial teórico garantista, ignora a moderna doutrina jurídico-penal que afasta toda e qualquer intervenção do *jus puniendi* desnecessária, não podendo o Direito Penal vir a reprimir determinadas infrações, para as quais sejam reconhecidos outros meios de controle social aptos à realização da mencionada proteção<sup>8</sup>.

Com efeito, tendo em vista a opção constitucional por uma criminalização mínima, a necessária compatibilidade que deve existir entre Direito Penal e Estado Democrático de Direito e o referencial teórico

---

*não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa Grundnorm, tratando-se de um postulado nela inequivocamente implícito”.*

8. Nessa mesma linha de intelecção, confirmam-se os lúcidos dizeres de Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2010, p. 81), o qual se destaca ao tratar da matéria, *in verbis*: “O Direito Penal é um mal, e, mesmo considerado como necessário, não deixa de ser um mal. Pondera Roxin que o Direito Penal submete numerosos cidadãos a medidas extremamente graves do ponto de vista social e psíquico, estigmatizando o condenado e o conduzindo à exclusão social, que são, em tese, incompatíveis com um Estado Social de Direito, de modo que seria melhor que os benefícios trazidos pelo Direito Penal pudessem ser obtidos por meios menos onerosos. A intervenção punitiva atinge e priva o homem de direitos fundamentais, de modo que a intervenção mínima realiza a dignidade humana, na medida em que diante de dois meios igualmente eficazes para se atingir determinado fim, deve ser escolhido aquele que tenha a menor interferência possível nos direitos fundamentais, e, por consequência, na dignidade humana”.

garantista, a tutela penal do bem jurídico<sup>9</sup> ‘meio ambiente’ traduz uma manifesta dissonância frente ao princípio da intervenção mínima, especificamente, em relação ao caráter da subsidiariedade. De fato, o objetivo de o Direito Penal consubstanciar a última consequência jurídica a ser utilizada, apenas e tão-somente, quando verdadeiramente necessária (*ultima ratio*), resta flagrantemente esfacelado, ao tempo em que surgem ilícitos penais com nítida natureza administrativa. Eis que surge, então, o Direito Penal secundário ou também denominado Direito Penal Administrativo no âmbito da (ilegítima!) criminalização de condutas atentatórias ao meio ambiente<sup>10</sup>.

Sob o viés jurídico-formal, o Direito Penal secundário, segundo as lições de Jorge de Figueiredo Dias (1998, p. 44), é “o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objecto de legislação extravagante e contêm, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo”. Sem embargo, o enquadramento formalista deste Direito Penal Administrativo transparece, com nitidez, o alargamento que vem sofrendo a intervenção jurídico-penal, a ponto de se afastar completamente de seu objetivo funcional-teleológico (traduzido, especificamente nesta hipótese, pela subsidiariedade). Por conseguinte, a intervenção jurídico-penal acaba por desaguar em um fenômeno intitulado de *administrativização do Direito Penal*.

Ao mencionar que a proteção do meio ambiente é um dos exemplos mais claros dessa tendência, Jesús María Silva Sanchez (2002, p.

- 
9. Sobre a natureza do bem jurídico posto sob análise, observem-se os pertinentes ensinamentos de Maria Auxiliadora Minahim (2008, p. 72), a qual preleciona o se segue, *ad litteram*: “Desde quando o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido à condição de estado merecedor da proteção penal não se questionou se era possível a renúncia a sua qualidade. É bem verdade que, neste caso, trata-se de bem que tem como característica inerente a si próprio a indivisibilidade razão pela qual é considerado bem jurídico difuso, assim o sujeito que sofre os efeitos da ação delituosa não é determinado nem tem personalidade jurídica”.
  10. Em sentido diametralmente oposto, Aline da Veiga Cabral Campos (2006, p. 111) sustenta que “sendo o direito ao meio ambiente um direito metaindividual ou transindividual, que ‘são interesses dispersos ou difusos situados numa zona intermediária entre o público e o privado’, urge ser o mesmo tratado pelo direito penal secundário, que se traduz pela proteção de bens jurídicos secundários, coletivos ou supra-indivuais, salvaguardando de lesões insuportáveis cada ser humano dentro de sua comunidade”.

113/114) sustenta que, nesse contexto atual, o Direito Penal, ao revés de reagir posteriormente contra um fato lesivo individualmente delimitado, converte-se em um direito de gestão (punitiva!) de riscos gerais relacionados a fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas e, nessa medida, resta administrativizado. De fato, diante desta tendência, percebe-se que a intervenção jurídico-penal passa a alcançar ilícitos (de natureza administrativa!) que compõem o rol de condutas inseridas no campo de atuação ilegítima do Direito Penal.

Sem embargo, constata-se uma verdadeira afronta ao ideal de intervenção mínima do Direito Penal e, por conseguinte, oposição ao referencial teórico garantista, sendo certo que esta proteção ao meio ambiente, além de transparecer a manifesta ilegitimidade da tutela penal, carrega consigo uma série de deficiências técnico-jurídicas a impossibilitar uma efetiva (e legítima) intervenção jurídico-penal. Exemplificativamente, aponta-se, dentre as inúmeras incongruências entre Direito Penal e proteção ao meio ambiente, a inconstitucionalidade da responsabilização penal da pessoa jurídica nos casos de dano ambiental, bem assim as deficiências legislativas atinentes à tipicidade aberta (ocasionada, principalmente, pela inflação de normas penais em branco constantes da legislação penal do meio ambiente).

Diante do quanto exposto, vislumbra-se, a toda evidência, que os ilícitos (de natureza administrativa!) contra o meio ambiente não carecem de proteção penal<sup>11</sup>, porquanto, além de o Direito Penal não apresentar idoneidade suficiente para tutelar o referido bem jurídico, existe alternativa apta e eficaz de proteção não penal na seara administrativa. Importa salientar tal carência para que não se sustente, ao fundamento de uma pretensa dignidade penal<sup>12</sup> das condutas atentatórias ao meio

---

11. No que diz respeito à *carência de proteção penal*, eis o que preleciona Manuel da Costa Andrade (1992, p. 186), *in verbis*: “A *carência de tutela penal analisa-se, assim, num duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de necessidade (Erforderlichkeit), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (Geeignetheit) do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade*”.

12. De acordo com Manuel da Costa Andrade (1992, p. 186), dignidade penal é definida como “a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na

ambiente, a legitimidade da tutela penal. Isso porque, conforme bem salienta Manuel da Costa Andrade, a dignidade penal de uma conduta não decide, por si só e de forma definitiva, a questão da criminalização; é dizer, a legitimação positiva da intervenção jurídico-penal somente é alcançada se o ilícito carecer de proteção penal, o que não se afigura nos casos de dano ambiental.

Efetivamente, consoante a pertinente lição de Eduardo Reale Ferrari (2003, p. 1195/1196), a tutela penal do meio ambiente revela a incidência de uma criminalização inútil de nítida função simbólica, incapaz de, verdadeiramente, solucionar o problema ambiental em face da impossibilidade de eficácia da intervenção jurídico-penal, máxime por força da correlata ilegitimidade da tutela.

É preciso, portanto, tendo em vista que as infrações contra o meio ambiente não podem permanecer impunes, estruturar um controle preventivo e repressivo, na seara administrativa, para combater, de forma rápida e eficaz, os ataques ao referido bem jurídico, segundo os ditames legais (e constitucionais!) de um Direito Administrativo sancionador<sup>13</sup>. De fato, tendo em vista as infrações contra o meio ambiente consubstanciarem ilícitos de natureza administrativa, nada mais adequado que a correlata intervenção jurídica pertença ao ramo do Direito Administrativo.

Com o intuito de viabilizar a efetivação do mencionado modelo de criminalização mínima, especificamente, na seara ambiental, pretende-se, sob os auspícios da Teoria do Garantismo Penal, alcançar a efetivação de um Direito Penal que, de forma real, traduza a idéia de *ultima ratio* (TOMILLO, 2008, p. 54).

---

*valoración ético-social de una conducta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade".*

13. Acerca do enquadramento dogmático do Direito Administrativo sancionador, eis o que preleciona Alejandro Nieto (2008, p. 177), *ad literam*: "*El Derecho Administrativo Sancionador – como su nombre indica y a diferencia del viejo Derecho Penal Administrativo – es en primer término Derecho Administrativo, sobre el que lo de «Sancionador» impone una mera modalización adicional o adjetiva. El plus que añade lo de «sancionador» significa que este Derecho está invadido, coloreado, por el Derecho Penal sin dejar de ser Administrativo. Lo cual no era necesario, incluso, puesto que un Derecho Administrativo Sancionador puede funcionar perfectamente de manera autónoma y rigurosamente independiente de lo Penal*".

Por derradeiro, verifica-se, com base no referencial teórico garantista, que a intervenção jurídico-penal na seara ambiental é ilegítima, uma vez que o Direito Penal Ambiental não é compatível com as premissas e decorrências lógicas da Teoria do Garantismo Penal.

## 5. NOTAS CONCLUSIVAS

Diante do quanto exposto, é possível delinear as seguintes conclusões, a saber:

1. Verificou-se que não há maiores diferenciações sobre o conceito empregado ao termo legitimidade, consistindo esta categoria jurídica em um atributo conferido a determinado objeto que se adéqua, sob uma perspectiva valorativa, a certa conjuntura (social, econômica e política), nos termos do referencial escolhido;
2. Frisou-se que o juízo de legitimidade se relaciona a determinado referencial teórico (selecionado) e, em razão disso, a possibilidade de variação semiótica do *legítimo* é extremamente factível. Ademais, advertiu-se que a seleção de tal ou qual referencial teórico não pode ser aleatória, uma vez que a noção de legitimidade não se afasta do plexo axiológico extraído de uma determinada conjuntura sócio-político-cultural;
3. Observou-se que o referencial teórico garantista é compatível com a conjuntura sócio-cultural instalada no Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais pátrio, viabilizando, por conseguinte, sua seleção para fins de aferir a legitimidade de determinado objeto (a exemplo do Direito Penal Ambiental);
4. Concluiu-se que o traço utilitarista encontrado no modelo garantista traduz uma perspectiva abrangente do moderno utilitarismo penal, uma vez que se busca, além do máximo bem-estar possível dos não desviantes, o mínimo mal-estar necessário dos desviantes, o que reflete a orientação por um modelo de criminalização mínima (Direito Penal Mínimo), com base no princípio da intervenção mínima e, por conseguinte, em seus corolários (subsidiariedade e fragmentariedade);

5. Verificou-se que o princípio de estrita legalidade, por meio do qual se extrai a taxatividade das normas – traduzida pela clareza e certeza necessárias, bem como pela precisão (mediante a utilização de termos com significado unívoco e preciso) –, é fator decisivo para o alcance da função de garantia atribuída ao Direito Penal. E, dessa forma, evitam-se as indesejadas intervenções jurídico-penais ilegítimas como sói ocorrer com o Direito Penal Ambiental, cuja legislação penal especial é marcada por uma tipicidade excessivamente aberta, caracterizada por expressões imprecisas e uma inflação de normas penais em branco;
6. Observou-se, a partir de uma interpretação lógico-sistemática e teleológica da Constituição Federal pátria, que a opção política assumida, no Texto Constitucional pátrio, conduz à inelutável conclusão de que fora proposto um modelo de criminalização mínima (Direito Penal Mínimo), nos termos da concepção utilitarista norteadora do referencial teórico garantista;
7. Constatou-se que a intervenção jurídico-penal na seara ambiental representa uma verdadeira afronta ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal e, por conseguinte, oposição ao referencial teórico garantista. Isso porque as deficiências legislativas atinentes à tipicidade aberta (ocasionada, principalmente, pela utilização de expressões imprecisas e inflação de normas penais em branco constantes da legislação penal do meio ambiente) configuram nítida violação ao princípio da legalidade estrita – pilar (principiológico) de sustentação do modelo epistemológico garantista;
8. Ressaltou-se, tendo em vista que as infrações contra o meio ambiente não podem permanecer impunes, a necessidade de se estruturar um controle preventivo e repressivo, na seara administrativa, para combater, de forma rápida e eficaz, os ataques ao referido bem jurídico, segundo os ditames legais (e constitucionais!) de um Direito Administrativo sancionador;
9. Conclui-se, por derradeiro, que, com base no referencial teórico garantista, a intervenção jurídico-penal na seara ambiental é ilegítima, uma vez que o Direito Penal Ambiental não é compatível

com as premissas e decorrências lógicas da Teoria do Garantismo Penal.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. *Precaução ambiental na era do direito penal secundário*. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Coordenação: Fabio Roberto D'Avila, Paulo Vinicius Sporleder de Souza. Prefácio: Jorge de Figueiredo Dias. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra [Portugal]: Coimbra Editora, 2006.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 2. Fasc. 2. Abril-Junho 1992. Director: Jorge de Figueiredo Dias. Editorial Notícias.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social portugueses*. In *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Volume I. Problemas Gerais. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Organização: Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. Em *Direito e Legitimidade* – Organizadores: Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2008.
- GRACIA MARTÍNS, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis*. In Revista do CEPEJ, v. 1 – 1988. – Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Ciência do direito penal contemporânea; v. 8).
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.
- PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón*. Versão Castelhana de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 2003.
- PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. *A constituição e o processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Crime de poluição: uma resposta do direito penal aos novos riscos*. Curitiba: Juruá, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Proteção penal do meio ambiente. Fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RANGEL, Paulo. *O clone da inquisição terrorista*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1319>>. Acesso em 10/06/2012.
- ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (textos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII), Ana Isabel de Figueiredo (texto X), Maria Fernanda Palma (texto XI). Lisboa: Vega, 1986.
- SANTANA, Heron José de. *Princípios e regras de soft law: novas fontes de direito internacional ambiental*. In Revista Brasileira de Direito Ambiental. São Paulo: Fiuza, v. 01, pp. 97/131, 2005.
- SERRANO, José-Luis. *Concepto, formación y autonomía del derecho ambiental*. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs.). *O Novo em Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.



- \_\_\_\_\_. *O devido processo legal. Uma visão pós-moderna*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica Del derecho penal administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008.
- WERLE, Denilson L. e SOARES, Mauro V. *Política e Direito: A questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito In Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas* – Organizadores: Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.
- WOLKNER, Antônio Calos. *Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito..* Em *Direito e Legitimidade* – Organizadores: Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2008.



## Capítulo II

# Medida Cautelar de Sequestro no Processo Penal Brasileiro

*Carlos Frederico Manica Rizzi Cattani\**

**SUMÁRIO:** 1. Do perdimento de bens no direito penal; 2. Medidas assecuratórias; 3. Do sequestro de bens; referências.

**RESUMO:** Trabalhar medida assecuratória de sequestro é questão chave de um processo penal moderno, principalmente quando defronte a crimes econômicos de cifras expressivas. O presente artigo caminha a partir da sociedade do capital, líquida e global, para então debater o perdimento dos ganhos do crime como forma de penalizar o infrator. Reconhecendo o confisco como instrumento do sistema penal, o trabalho passa a focar na medida cautelar assecuratória de sequestro dos proventos do crime. Neste contexto, em que o dinheiro (capital) se torna foco do legislar penal (bem jurídico moderno), mas é soçobrado pela política simbólica de segurança pública, as medidas assecuratórias de sequestro se sobressaem como instrumentos para adequar o poder simbólico contemporâneo a uma realidade para além da legislação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo penal; medidas assecuratórias; efeitos da condenação penal.

**ABSTRACT:** Measures of assurance is the key issue of a modern criminal procedure, especially on the economic crimes. This article walks from the capital society, that is net and global, and then discuss the confiscation of proceeds in crime gains as a way to penalize the offender. Recognizing the confiscation as instrument of the penal system, the work begins to focus on measures of assurance named "sequestro" to retain the crime profits. In this context, where money becomes focus of criminal legislate (and modern legal), but is capsized by the symbolic politics of public security stand out as instruments to suit the contemporary symbolic power to a reality beyond legislation.

---

(\*) Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (Porto Alegre, RS); Especialista em Direito Empresarial pela FSG (Caxias do Sul, RS); Advogado; Professor de pós-graduação da Universidade Salvador (UNIFACS); Professor de Processo Penal da Estácio|FIB (Salvador, BA); Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP); Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/BA.

**KEYWORDS:** Criminal proceedings; measures of assurance; effects of criminal sentence.

“O medo cega, disse a rapariga dos óculos escuros,

São palavras certas, já éramos cegos no momento em que cegamos,

O medo nos cegou, o medo nos fará continuar cegos.”<sup>1</sup>

É a crença comum<sup>2</sup> no sistema prisional que faz com que o crime seja lucrativo. O crime é, sim, lucrativo. Não há necessidade de muita pesquisa para chegar a tal conclusão. No entanto, ainda assim são cabíveis algumas ponderações.

Poder-se-ia partir do tráfico de drogas, em que *traficantes* jovens tiram fotos rodeados de dinheiro e colares de ouro<sup>3</sup>, ou as histórias sobre *verdadeiros traficantes* que ficaram famosos por suas fortunas<sup>4</sup>. No Brasil, em sua recente história dos Tribunais, não é somente o tráfico o meio criminoso que rende lucros; depois do *Mensalão*<sup>5</sup>, existem números que vêm sendo apresentados pelo Ministério Público Federal que demonstram desvios de contas públicas. Como expressivo exemplo atual, o caso conhecido como *Operação Lava-Jato*, pela qual se estima que o volume

- 
1. SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 131.
  2. Neste sentido, Lenio Streck muito bem argumenta: “Respaldaado na funcionalidade de suas próprias ficções e fetiches, o senso comum teórico dos juristas renuncia a ser um meio de compreensão do mundo para ser um modo de aumentar a autoridade de alguns homens sobre outros”. (STRECK, Lenio L. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 9, jul./dez. 2012). Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.08>.
  3. Diversas são as matérias retratando esta realidade.
  4. Pablo Escobar perdia R\$ 8 bi em dinheiro por ano para ratos, segundo o livro *Historia del Contador: Dentro del mundo violento del Cártel de Medellín* (não lançado no Brasil). Ainda de acordo com a publicação, no auge da sua jornada no crime, Escobar chegou a faturar US\$ 420 milhões por semana.
  5. O chamado *valerioduto*, que o Ministério Público diz ter sido comandado pelo ex-ministro-chefe da Casa Civil José Dirceu, desviou pelo menos R\$ 101,6 milhões. O número foi apurado por investigadores da Polícia Federal, do Ministério Público Federal e do Tribunal de Contas da União (TCU) e amplamente divulgado na mídia.

de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais<sup>6</sup>.

Entretanto, a cegueira não está somente na obriedade, na qual se aceita prender a alguns. Por certo que centros financeiros e bancos dos diversos portes são redutos e ganham tanto quanto com o crime. As cifras bancárias que financiam países (e projetos sociais) têm muito em sua origem o mesmo cartel de drogas, lavagem de dinheiro e desvio de verbas públicas<sup>7</sup>.

Dessa forma, se de um lado, o desafio da técnica e das ciências parece ser o de nos confortar – e, quem sabe, confrontar – com um mundo definitivamente irreal e, assim, de riscos, por outro, a revolução contemporânea está na incerteza.<sup>8</sup> Por isso, o paradoxo da atualidade é a pretensão de escapar do irreal, por meio de mais irreal, agravando assim esta relação. Nesta zona cada vez mais gris, de uma sociedade líquida,<sup>9</sup> de turbulências diversas, existe a necessidade de delimitar a fronteira que envolve o sentido do bem jurídico-penal. Oportuno ter, frente a toda esta

- 
6. O Ministério Público Federal mantém um site somente para apresentar números e fases da operação, o qual pode ser acessado em <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>.
  7. Somente a título de ilustração, *"In recent years, there have been a number of high-profile Western bank scandals over money laundering. Most notably, HSBC admitted to violating the Bank Secrecy Act by failing to monitor over \$200 trillion in wire transactions between its Mexico and U.S. subsidiaries, among other crimes. \$881 million in drug money from the Sinaloa and Norte de Valle drug cartels were found to have been moved through HSBC-Mexico's accounts to HSBC-USA via the unmonitored wire transactions"*. Disponível em: <http://www.gfintegrity.org/issue/money-laundering/>.
  8. BAUDRILLARD, Jean. **A transparência do mal: ensaios sobre os fenômenos extremos**. 2. ed. Campinas: Papirus, 1992. p. 49.
  9. BAUMANN utiliza a 'metáfora da liquidez' "[...] para caracterizar o estado da sociedade moderna, que, como os líquidos, se caracteriza por uma incapacidade de manter a forma. Nossas instituições, quadros de referência, estilos de vida, crenças e convicções mudam antes que tenham tempo de se solidificar em costumes, hábitos e verdades 'auto-evidentes'". BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade líquida* de Zygmunt Bauman. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 out. 2006. Caderno Mais! Entrevista concedida a Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke. Disponível em: [http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/4\\_Encontro\\_Entrevista\\_A\\_Sociedade\\_Liquida\\_1263224949.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/4_Encontro_Entrevista_A_Sociedade_Liquida_1263224949.pdf).

complexidade, que o Direito Penal é subsidiário na proteção dos bens jurídicos,<sup>10</sup> o que não o afasta de sua função.

Esta ressalva é importante, principalmente quando se entende que, historicamente, o Direito Penal anda fora do seu tempo, uma vez que não tem condições de acompanhar a volatilidade do moderno, precisa, ainda, lidar com este sentido de 'irreal', encontrar-se juridicamente nesta sociedade contemporânea marcada por princípios de risco, liquidez, reflexão, precaução, prevenção, entre tantos outros.

Anota Alexandre da Rosa, que o Poder Legislativo e o Poder Executivo creem na produção de normas como única função capaz de manter o Direito atualizado, em um eterno imaginário de aceleração permanente, assim como a decisão judicial, igualmente imaginária, em ementas que buscam preencher o fosso do real e de legitimação para qualquer decisão, “[...] uma condição estática do mundo que se replica.”<sup>11</sup>

Nas palavras de Nilo Batista:

[...] importante, sim, é a solução simbólica que a criminalização representa, sem nada resolver [...] cabe ressaltar que estamos diante de um sistema de dupla face. Para consumidores, alternativas à privação de liberdade, transação penal, suspensão condicional do processo, e diversos outros dispositivos para que ele possa cumprir sua pena no *shopping*, com ou sem pulseira eletrônica. Para os consumidores falhos, suspeitos ou convictos desses crimes aos quais uma estúpida quizila de constituintes denominou hediondos, um encarceramento neutralizante.<sup>12</sup>

Por isso, nesta indeterminação da forma que surge o Direito Penal, existe uma tentativa de deslocamento do objeto do Direito Penal e Processual Penal, ao encontro das políticas criminais, de respostas tão solúveis quanto a da sociedade que exige respostas instantâneas, fruto da

- 
10. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.31.
  11. ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade de material**: aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 105.
  12. BATISTA, Nilo. **Novas tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 115.

irrealidade e da velocidade, aflorando, ainda mais, um resgate da antiga vingança privada. Nas palavras de Silva Sánchez, quando disserta sobre a expansão do Direito Penal, ainda em seu introito:

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva).<sup>13</sup>

Este plano simbólico, esta vingança simbólica que o Estado apresenta à sociedade, não se trata de uma resposta com o intuito de reconstruir ou firmar as estruturas da proteção efetiva. Logo, não há que se estranhar, pois a vingança cega, não iluminada ou irracional, está no direito e como direito, conforme já assinalava Derrida:

Se o direito faz questão da vingança, como pareceu queixar-se Hamlet – antes de Nietzsche, antes de Heidegger, antes de Benjamin –, será que não se pode suspirar por uma justiça que um dia, um dia que não pertenceria mais à história, um dia quase messiânico, fosse enfim subtraída à fatalidade da vingança? Melhor do que subtraída: infinitamente estranha, heterogênea em sua nascente?<sup>14</sup>

Por isso, nessa nascente que é anterior ao legislador e ao ilícito-penal, concentrada na vingança como resposta, principalmente em um plano simbólico, perde-se o lugar do bem jurídico que, enquanto conceito, tem, neste ambiente hostil, de difícil afirmação e continuidade,

[...] um esfumaçamento dos valores tutelados, a uma perda de densidade tal que o bem jurídico passa a movimentar-se em um espaço de total indiferença em relação a meros interesses de política-criminal, incapaz de atender a uma qualquer pretensão de concretização.<sup>15</sup>

- 
13. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.
  14. DERRIDA, Jacques. **Espectros de Marx**: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova internacional. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p. 39.
  15. D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57.

Questiona-se, pois, quais são os valores que estaria o Direito Penal consistido em proteger? Principalmente se esses fossem de tal sorte “[...] essenciais para a existência do indivíduo, da sociedade organizada, sendo estes valores entendidos como bens jurídicos, amparados nos tipos legais.”<sup>16</sup> No entanto,

[...] anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é incompetente), ou derivam de acções humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o património, em suma, o catálogo próprio de um direito penal liberal e extremadamente antropocêntrico.<sup>17</sup>

Em maior evidência, o que vinha em curso há décadas e séculos da história humana, após – e com – a Segunda Guerra Mundial, se desenvolveu em um amplo processo de mundialização de relações, processos e estruturas de dominação e apropriação, antagonismo e integração, sendo, paulatinamente, todas as esferas da vida social, coletiva e individual, alcançadas pelos problemas e dilemas da globalização.<sup>18</sup> A sociedade de risco – representada, também, pela tecnológica, a massificação, a globalização –, na qual as ações humanas, muitas vezes anônimas, se revelam suscetíveis de produzir riscos globais, quando não produzidos em tempo e lugar largamente distanciado da ação que os originou,<sup>19</sup> retrata um fenômeno que interage com o Direito Penal e, neste sentido, esfumaça o entendimento de bem jurídico. Em outras palavras, de forma a demonstrar o enraizamento e a problemática deste mundo plano,<sup>20</sup>

---

16. SANTOS, Juares Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 10.

17. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 134.

18. IANNI, Octavio. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 36.

19. DIAS, *op. cit.*, p. 134.

20. FRIEDMANN diz “[...] acho que o mundo é plano [...]”, argumentando que “[...] esse achatamento quer dizer que estamos interligando todos os centros de conhecimento do planeta e costurando uma única rede global.”, assim como exemplifica: “Nunca



ilustra entender a sociedade do capital, que está representado pelo valor empregado pelo mercado em face do homem, senão:

*The dream of the corporate empire builders is being realized. The global system is harmonizing standards across country after country – down toward the lowest common denominator. Although a few socially responsible businesses are standing against the tide with some limited success, theirs is not an easy struggle. We must not kid ourselves. Social responsibility is inefficient in a global free market, and the market will not long abide those who do not avail of the opportunities to shed the inefficient. [...] we are creating a system that has fewer places for people.<sup>21</sup>*

Muito oportunamente, Boaventura Santos<sup>22</sup> observa que existe uma falsa consciência do Direito, que não reside na incompatibilidade entre o legislado e o aplicado, mas sim na construção social bem maquinada que converte a legislação estatal na única forma de direito, presumindo que suprime os direitos domésticos, de produção, de troca, de comunidade e o direito sistêmico. Não obstante, em outra passagem, o autor comenta que ao invés de um desenvolvimento harmônico entre três princípios da regulação – Estado, mercado e comunidade –, apresenta-se o excessivo desenvolvimento do princípio de mercado em detrimento dos outros. Desta maneira, se não existe uma harmonia entre os princípios da

---

antes, num campo de golfe, alguém tinha me dito para mirar ‘na Microsoft ou na IBM’. Estávamos no primeiro *tee* do KGA Golf Club, no centro de Bangalore, sul da Índia, quando meu parceiro indicou dois edifícios de aço e vidro que reluziam ao longe, [...] os escritórios da HP e da *Texas Instruments* ficavam no *beck nine* [...] as marcações dos *tees* eram da Epson [...] o outdoor da Pizza Hut exibia uma pizza fumegante [...]”. FRIEDMANN, Thomas. **O mundo é plano**: uma breve história do século XXI. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 14 et. seq.

21. “O sonho dos construtores de impérios corporativos está sendo realizado. O sistema global está harmonizando normas país após país – em direção ao menor denominador comum. Embora algumas empresas socialmente responsáveis estão em pé contra a maré, com algum sucesso limitado, não se trata de uma luta fácil. Não devemos nos iludir. A responsabilidade social é ineficiente em um livre-mercado global, e o mercado não vai tolerar aqueles que não aproveitarem as oportunidades, para deixá-lo ineficiente. [...] Estamos criando um sistema que tem poucos lugares para as pessoas.” KORTEN, David C. **When corporations rule the world**. USA: Ku marian; USA: Berrett-Koehler Publishers, 1996. p. 237, (tradução nossa).
22. SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática. 4. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Cortez, 2005. 4 v. p. 48 et. seq.

regulação e do direito estatal como a única forma de direito existente, tornam-se óbvias a inaplicabilidade da lei em diversos casos, entre eles os de danos ambientais, crimes econômicos e tributários, presentes ambos na sociedade de risco, enquanto surge um paradoxal aumento, vertiginoso, das legislações. A título de demonstração:

[...] em vez da diminuição da burocracia, acontece exatamente o contrário em muitos lugares. Incapazes de realizar reformas abrangentes, os administradores públicos apelam para a política de paliativos. Por exemplo, o direito alemão do meio ambiente já tem 8.000 artigos. O motivo não é nenhuma neurose de perfeição. Os responsáveis precisam, sim, proteger os cidadãos contra riscos de saúde, enquanto permanecem impotentes diante da tendência geral de devastação da natureza. [...] o mesmo se aplica à lei fiscal. Na falta de uma reforma tributária justa, os políticos legislam para este ou aquele grupo ou setor, entulhando o Estado de normas que, pela sua enorme quantidade, acabam escapando ao controle.<sup>23</sup>

Evidentes os riscos e novas leituras sobre criminalidade resultantes desta nova sociedade globalizada<sup>24</sup>. Por isso afirmar que, para a tutela destes riscos, não está preparado o Direito Penal de vertente liberal, pois que aquele se nutre desta, desvelando que o Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo.<sup>25</sup>

Neste contexto, em que o dinheiro (capital) se torna foco do legislar penal (bem jurídico moderno), mas é soçobrado pela política simbólica de segurança pública, as medidas assecuratórias de sequestro se sobressaem como instrumentos para adequar o poder simbólico moderno a

---

23. MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. **A armadilha da globalização**: o assalto à democracia e ao bem-estar social. 5 ed. São Paulo: Globo, 1999. p. 293-294.

24. Silva Sanchez menciona existir um duplo efeito nos fenômenos da globalização econômica e da integração supranacional, o qual por um lado “dão lugar a que determinadas condutas tradicionalmente contempladas como delitivas devam deixar de sê-lo”, sendo que por outro “dão lugar à conformação de modalidades novas de delitos clássicos, assim como a aparição de novas formas delitivas”, concluindo que “gera a aparição de uma nova concepção de *objeto do delito*, centrada em elementos tradicionalmente alheios à ideia de delinquência como fenômeno marginal”, pontuando “os elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico”. (SANCHEZ, *op. cit.*, p. 103.).

25. ROSA, *op. cit.*, p. 48.

uma realidade para além da legislação. Isto, pois, seriam estas medidas jurídicas para alcançar *o resultado da atividade criminosa*. Em poucas palavras, muito além de uma retribuição prisional (quando esta ocorre), o perdimento do *ganho* do crime é medida jurídica a ser cada vez mais conhecida e trabalhada conscientemente<sup>26</sup> pelo processo penal. Ora, “Quantos cegos serão precisos para fazer uma cegueira”<sup>27</sup>?

## 1. DO PERDIMENTO DE BENS NO DIREITO PENAL

Diversos efeitos surgem em desfavor do réu de um processo penal quando sobrevém a sentença condenatória. Estes efeitos recaem direta e indiretamente na vida do condenado, tanto no âmbito penal, propriamente dito, quanto na esfera extrapenal.

A imposição de sanção penal (pena privativa de liberdade, restrições de direitos e/ou multa) ou de medida de segurança é, sem dúvida, o principal efeito da condenação. Entretanto, o fato de estar o réu compelido à execução da pena aplicada pela sentença condenatória não afasta a existência de efeitos outros, secundários, reflexos ou acessórios, de natureza penal e extrapenal, que em alguns casos necessariamente a acompanham<sup>28</sup>.

O Código Penal Brasileiro rege sobre o efeitos genéricos e específicos da condenação em seus artigos 91 e 92, sendo que maior interesse para o presente estudo reside em conhecer o teor do artigo 91, notadamente:

Art. 91 – São efeitos da condenação:

- I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;
- II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

---

26. Desde já fica a advertência que o uso destas medidas não podem ser desvinculadas de fundamentação legítima, o que será debatido no presente trabalho.

27. SARAMAGO, *op. cit.*, p. 131.

28. PRADO, Luis Regis. CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 14ªed. ver. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. p. 550.

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

No tocante à primeira parte do artigo, precisamente em seu inciso I, o legislador optou em tornar certo o dever de indenizar enquanto responsabilidade civil. Assim, o Código de Processo Penal abarca esta matéria no artigo 63, quando fala sobre a *ação civil*, regendo que uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Muito além, com a redação inserida por meio da Lei 11.719 de 2008, inclusive passou a ser fixado um valor mínimo indenizatório na sentença penal, com a novel redação inciso IV do artigo 387 daquele Código, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. O doutrinador Heleno Cláudio Fragoso, analisando os sistemas que envolvem a responsabilidade penal e a responsabilidade civil destacou que, sendo elemento importante da política criminal, a reparação do dano quando decidido pelo juízo criminal, mas também sendo livre ao ofendido buscar o juízo civil, é conhecido como sistema da confusão<sup>29</sup>. Porém, possivelmente se vivencie um sistema misto, pois a liquidação e execução do valor fixado pelo juízo penal ainda se dará no juízo civil.

Porém, para o presente *paper*, maior interesse recai sobre a segunda parte do artigo 91 do Código Penal Brasileiro, notadamente o seu inciso II, alíneas *a* e *b*. Trata-se de efeito de perdimento, em favor da União, dos *instrumenta saceleris* e do produto do crime, usualmente também

---

29. “Nosso Código de Processo Criminal de 1832 adotou o sistema da confusão, mas permitia também ao lesado recorrer ao juízo civil”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p.379).

chamado de *confisco*<sup>30</sup> sobre os bens utilizados, de forma não eventual, ou auferidos, em razão de práticas criminosas<sup>31</sup>.

Mesmo que sendo efeitos extrapenais genéricos da sentença condenatória, a sua produção se dá de forma automática e são exigíveis de plano. Sobre o confisco dos instrumentos do crime, estes são limitados aqueles cujo o fabrico, alienação, posse ou detenção possa configurar, por si só, um delito. Contudo, sendo o bem ilícito ou notadamente de proveito auferido pelo criminoso através da prática delitiva, basta o Ministério Público manejar as medidas assecuratórias próprias para acautelar o confisco penal, que será definitivo com a sentença penal condenatória<sup>32</sup>.

A legislação procedimental prevê mais de um mecanismo para acautelar a guarda e destinação dos bens e valores cabíveis de perdimento. A título de ilustração, existe a busca e apreensão e o sequestro no Código de Processo Penal, além do arresto e da hipoteca especializada (para fins de reparação civil). Mas também o legislador se preocupou com a matéria na Lei de Drogas e na Lei de Lavagem de Dinheiro, como exemplos.

Ainda assim, o Projeto de Lei 103 de 2016<sup>33</sup>, em trâmite no Senado Federal, propõe acrescentar o art. 91 – A ao Código Penal, para tornar possível o confisco alargado:

- 
30. Segundo Bitencourt, o confisco foi utilizado em maior escala na antiguidade, destacando que “a filosofia reformadora (iluminista) do século XVIII elevou-se contra essa sanção, pela grave injustiça que representava, ferindo o princípio da personalidade da pena”. Contudo, complementa o autor que “confisco, na nossa legislação atual, não é pena, mas simples efeito da condenação”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 826).
  31. “Para que ocorra a perda de bens há que haver um nexó etiológico entre o delito e o objeto utilizado para a sua prática. No caso, não há prova nos autos de que os bens apreendidos foram adquiridos com o produto do tráfico ou que estivessem a serviço do tráfico”. (TJDF. Acórdão nº 444.962 – Apelação Criminal nº 20090110965862 APR – Acórdão da 2ª Turma Criminal. 26/08/2010. Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati).
  32. Neste sentido Busato, que também ilustra: “Aqui se incluem, por exemplo, armas e drogas como instrumentos do crime cuja posse ou detenção é em si ilícita, mas também podem incluir-se veículos, bens diversos, até mesmo imóveis, desde que comprovadamente constituam proveito auferido com a prática criminosa”. (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.1001).
  33. De autoria do Senador Randolfe Rodrigues, foi protocolado em 15/03/2016.

Art. 91 – A. Em caso de condenação pelos crimes abaixo indicados, a sentença ensejará a perda, em favor da União, da diferença entre o valor total do patrimônio do agente e o patrimônio cuja origem possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas: [...]

Segundo a justificativa ao Projeto de Lei, tanto o confisco clássico quanto o confisco por equivalente, previstos hoje na legislação penal brasileira (art. 91 do Código Penal), estão limitados aos instrumentos do crime que sejam em si ilícitos (art. 91, “a”, do Código Penal), e apenas os bens ou valores correspondentes que sejam produto ou proveito da específica infração objeto da condenação criminal. A perda de bens de valor equivalente só encontra paralelo em nossa legislação no artigo 91, §§1º e 2º, do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.694/2012 (acima transcrito). A partir de então, o juiz criminal brasileiro pode ter em conta, para o bloqueio cautelar e o confisco, bens de valor equivalente ao produto ou proveito do crime que tenha sido determinado na condenação, sempre que tais ativos ilícitos (perdimento direto) não forem encontrados no Brasil ou quando estiverem no exterior.

Porém, há situações em que não é possível identificar ou comprovar, nos termos exigidos para uma condenação criminal, a prática de crimes graves que geram benefícios econômicos, embora as circunstâncias demonstrem a origem ilícita do patrimônio controlado por determinadas pessoas. O Projeto de Lei possui como objeto a possibilidade de se promover a responsabilidade criminal, para além do confisco clássico e do confisco por equivalente, que não são capazes de evitar o proveito ilícito e a utilização desse patrimônio de origem injustificada em novas atividades criminosas.

O instituto ora proposto pelo Projeto de Lei visa, assim, a criar meio de retirar o patrimônio de origem injustificada do poder de organizações e de pessoas com atividade criminosa extensa que não possa ser completamente apurada. Chamado de confisco alargado, na esteira da legislação de outros países, tem o propósito gerar presunção razoável do recebimento anterior de benefícios econômicos por meios ilícitos para, assim, confiscar bens que não seriam alcançáveis pela legislação atual<sup>34</sup>.

---

34. O projeto foi proposto inicialmente pelo Ministério Público Federal na campanha institucional denominada '10 medidas contra a corrupção'. A justificativa do MPF é a de

Ainda que o perdimento alargado já esteja em vigor na União Europeia, por exemplo, algumas críticas são pertinentes ao projeto de Lei brasileiro. Mas cabe ressaltar que não podemos nos cegar ao ponto de compensar a atividade criminosa, mas também não podemos ser cegos ao ponto de esquecer o *modus operandi* do Estado o Brasileiro, com regramentos abertos e de política criminal inquisitiva. De qualquer sorte, merecido trazer à baila a posição de Juarez Cirino dos Santos:

A perda para o Estado do produto ou de qualquer proveito do crime, prevista no art. 91, II, b, do Código Penal, é legítima pela relação causal provada entre crime e lucro, demonstrada pela autoria e materialidade do fato punível. Mas a hipótese de perda da diferença entre (a) o patrimônio total do condenado e (b) o patrimônio demonstrado, pelo condenado, como produto de rendimentos lícitos ou fontes legítimas, é fundado em presunção legal, porque inverte o ônus da prova, rompendo um princípio fundamental do processo penal: a prova dos fatos imputados pertence à acusação, incumbindo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, obrigando à decisão segundo o princípio da presunção de inocência, expresso na máxima *in dubio pro reo*. Nessas condições, o anteprojeto introduz uma legalidade penal em conflito com a legitimidade jurídica da medida, em contradição com o princípio da presunção de inocência e seu corolário do *in dubio pro reo*, subvertendo a lógica da própria economia de mercado, segundo a qual se presume a licitude do patrimônio privado dos cidadãos, até prova em contrário produzida pelos órgãos do Estado, especialmente por meio do Ministério Público.<sup>35</sup>

Atualmente o Código de Processo penal trabalha as seguintes situações: (i) quando regula acerca de dos bens apreendidos no desenvolver da prevenção e repressão ao crime, a teor das hipóteses de inquérito ou

---

introduzir na legislação brasileira diretrizes de tratados dos quais o Brasil é signatário e adequando o sistema jurídico pátrio a recomendações de fóruns internacionais voltados a coibir o crime organizado. Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas>.

35. SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino. Reflexões sobre confisco alargado. **Boletim** – 277, IBCCRIM, São Paulo, dez. 2015. Disponível em [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5679-Reflexoes-sobre-confisco-alargado](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5679-Reflexoes-sobre-confisco-alargado).

flagrante, conforme o art. 6º, inciso II, do Código de Processo Penal<sup>36</sup>; do art. 240, § 1º, letras b e d, do Código de Processo Penal<sup>37</sup>. E, também, (ii) quando regula as medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal, prevendo o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiros. Sendo opção deste trabalho se ater, com maior profundidade, sobre este último tópico.

## 2. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

As medidas assecuratórias são chamadas de medidas cautelares reais por recaírem sobre as coisas e não sobre as pessoas. Têm por finalidade assegurar a reparação do dano ao ofendido ou mesmo o pagamento das custas e despesas processuais do Estado. Com a finalidade de tutela do processo, não são um fim em si mesmas, pois somente buscam assegurar as medidas definitivas que terão resultado no processo penal principal. Daí afirmar que se tratam de medidas de índole cautelar, e não penal propriamente dita.

Ainda que desconhecidas para muitos – e, quando aplicadas, poucos conhecem de sua origem no procedimento penal –, o certo é que possuem uma concreta garantia de compensação para a vítima e para o Estado, desde que sejam fixadas sem desrespeitar direitos fundamentais do acusado, ou seja, não basta uma mera acusação para ser deferida, pois necessário atender seu caráter excepcional, devendo ser provisória e atender ao comando da proporcionalidade de adequação e necessidade<sup>38</sup>. Em que pese sua localização despreocupada, devem respeitar predicados, a iniciar pela decisão que a estabeleça somente poder advir de um órgão jurisdicional e competente, sem mencionar a obrigação de

- 
36. “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) apreender os objetos que tiverem relação com o fato(...)”.
  37. “A busca e apreensão será domiciliar ou pessoal (...) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos(...) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso(...)”.
  38. ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 144.



motivação (art. 93, IX da CF/88), a ser embasada em uma condição situacional conhecida (*periculum*) e razoavelmente demonstrada (*fumus commissi delicti*), devendo ser ordenada em fortes caracteres que sua natureza lhe exige. Acrescido a tudo isso, cabe ainda um juízo de mensuração, isto é, sua extensão deve ser proporcional ao que se pretende assegurar, não podendo ser insuficiente e tampouco exagerada. Porém, uma leitura atenta deve ser feita: não é somente para “evitar o prejuízo que adviria da demora na conclusão da ação penal”<sup>39</sup>, ou sequer vigora o princípio do *in dubio pro societate*<sup>40</sup>, inclusive por ser alheio ao processo penal.

As providências assecuratórias podem ser propostas durante a fase de investigação (inquérito), ou no curso do processo penal que conhecerá da infração penal do qual o pedido será incidente, desde que atendam aos seus pressupostos e sejam proporcionais ao caso concreto. Isto é, com a finalidade de tornar certa a satisfação de obrigações e/ou satisfazer uma sentença criminal, as medidas assecuratórias visam a evitar o prejuízo que um processo penal moroso pode causar, garantindo através da guarda judicial das coisas, o correspondente ressarcimento. Mas ao julgador, para uma coerente interpretação das categorias que cabem sobre as medidas assecuratórias, será necessário conhecer as expectativas<sup>41</sup> que lhe são impostas socialmente, para diferenciá-las da matéria objeto de seu *vere dictum*. Em miúdos, notório que com as operações policiais de crimes financeiros e econômicos, as medidas assecuratórias passaram a ter destacada relevância. E, se estavam adormecidas no passado, o certo é que vivem uma intensidade relevante modernamente – e, aos poucos, deverão sofrer um deslocamento para os crimes comuns (desorganizados). Isto, pois, nos últimos anos houve um (re) dimensionamento de política criminal – a exemplo do combate à lavagem de dinheiro com grupos de Estratégia Nacional (ENCCLA), que passam a ter metas e recomendam a utilização das referidas medidas.

---

39. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 351.

40. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 521.

41. Sobre expectativas, a obra de: MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

De fato, a cautelar assecuratória encontra-se como meio eficaz para que a condução sobre certos delitos seja processualmente concretizada. E, por isso, assegurar as formas do processo penal é dar validade e licitude na determinação destas medidas. Ora, deve ser rechaçado seu uso com raiz utilitarista (de conveniência desvinculada da lei). Desenvolver uma cultura igual à existente nas prisões preventivas não irá assegurar uma maior eficiência do Estado, em que pese esta raiz autoritária satisfazer conveniências para nebulosa propaganda de segurança pública, isso, pois, a perda de garantias (devida forma) revela-se a mazela desta tônica.

Cabe a ressalva, que em razão de sua finalidade civil, não há problema de se utilizar das categorias *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, desde que sejam sempre contextualizadas ao mínimo de justa causa exigido ao processo penal principal<sup>42</sup>.

São medidas assecuratórias no processo penal brasileiro o *arresto prévio de bens imóveis*, *arresto de bens móveis*, o *sequestro de bens imóveis*, o *sequestro de bens móveis* e a *especialização de hipoteca legal (bens imóveis)*, sendo que estão estruturadas no Código de Processo Penal como procedimentos incidentes à ação principal (artigos 125 ao 144-A do Código de Processo Penal).

Conforme elucida Aury Lopes Jr., tanto a busca e apreensão quanto a restituição de coisas apreendidas também são medidas de natureza cautelar assecuratória, e poderiam integrar o rol do Código de Processo Penal. Contudo, a sistemática adotada optou por situar a busca e apreensão no Título do Código de Processo Penal que versa das provas<sup>43</sup>.

---

42. Nas melhores palavras do Promotor de Justiça e Pós-doutor em Processo Penal, Fauzi Hassan Choukr: “[...] Conclusivamente, a justa causa nos moldes propostos funciona como um mecanismo de adesão ao processo penal constitucional, visto que impede o exercício abstrato da Justiça Criminal, condicionando seu fundamento a uma concreta demonstração da necessidade da recomposição do mundo da vida pela aplicação de uma pena que atenda às suas finalidades estritas num Estado Democrático de Direitos [...]”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 773).

43. LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 708.

### 3. DO SEQUESTRO DE BENS

No processo penal, o sequestro é a retenção judicial de bens móveis ou imóveis havidos com os proventos do crime, com a finalidade específica de assegurar as obrigações civis decorrentes da infração penal.

O artigo 125 do Código de Processo penal enuncia que “Caberá o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”. Sendo que, complementado pelo artigo 132 do mesmo diploma, a medida também recai sobre os bens móveis.

O legislador efetivamente traz um conceito extensivo para o termo sequestro no processo penal, pois em seu sentido estrito o sequestro se dá sobre as coisas determinadas pelas quais se litiga, isto é, para assegurar o julgamento sobre o domínio ou a posse dessas coisas. Contudo, no processo penal, não se empregou o seu sentido técnico, mas abrangente, incluindo conceitos que caberiam a institutos específicos como o arresto, ou seja, a apreensão de bens do devedor para garantir o pagamento de uma dívida executada, ou na iminência de ser.<sup>44</sup>

Enquanto medida cautelar real, o sequestro pode ter sua ocorrência tanto na fase de investigação (inquérito), quanto no curso do processo penal de conhecimento. De qualquer forma, somente caberá a medida uma vez respeitada à reserva de jurisdição. Por isso, sua regra de competência é a mesma do juiz natural que conhecerá do processo penal principal.

Muito além, sua eficácia é vinculada a este processo penal principal ao ponto de que, se na ação penal for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu (por sentença transitada em julgado), ou se a mesma não for intentada no prazo de sessenta dias, contado da data em que ficar concluída a diligência, a providência assecuratória deverá ser levantada (artigo 131, I e III do CPP).

O requisito para decretação da medida de sequestro é a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, ainda que

---

44. Neste sentido é possível consultar SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2001. p. 750.

transferidos a terceiros, seja por alienação, renúncia, abandono ou desapropriação.

Observa-se que o legislador efetivamente buscou atacar eventuais *compensações do crime*, isto é, seus proveitos. Em palavras populares, o legislador realmente cria mecanismos para dizer que o *crime não pode compensar*. Em termos técnicos, o sequestro presta-se à constrição de bens adquiridos com os proventos do crime para, desta maneira, tornar funcional a norma de perdimento contida no artigo 91, II, *b* do Código Penal<sup>45</sup>. Difere-se, assim, da hipoteca legal (e sua especialização) e do arresto, que possuem o objetivo de assegurar o ressarcimento do dano e as despesas processuais (e podem recair sobre bens de origem lícita).

Segundo orientação do artigo 127 do Código de Processo penal, a legitimidade ativa para requerer o sequestro poderá se dar pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial. Melhor leitura deverá ser feita sobre este artigo, sendo importante observar a sua *não receptividade* pela Constituição Federal de 1988, notadamente do que tange à decretação de ofício pelo juiz.

Deve ser observado, ainda, que a legitimidade não se dá de forma desistematizada. Isto é dizer, o artigo 127 não cria uma regra de legitimação universal, sendo que havendo no interesse da medida exclusiva reparação do dano sofrido pela vítima, caberá a esta a legitimidade para requerê-la, por meio de seu defensor particular ou público, ou a procuradoria nos casos de Fazenda Pública. Logo, a polícia e o Ministério Público estão legitimados a promover a medida quanto a sua finalidade de perdimento do bem ou valor advindo do crime (artigo 91,II, *b* do Código Penal).

## REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Novas tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BAUDRILLARD, Jean. **A transparência do mal: ensaios sobre os fenômenos extremos**. 2. ed. Campinas: Papirus, 1992.

---

45. Art. 91 CP: São efeitos da condenação: [...] II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: [...] b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

- BAUMAN, Zygmunt. A sociedade líquida de Zygmunt Bauman. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 out. 2006. Caderno Mais! Entrevista concedida a Maria Lúcia Garcia Pallares-Burke.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CHOUKR, Fauzzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DERRIDA, Jacques. **Espectros de Marx**: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova internacional. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- FRIEDMANN, Thomas. **O mundo é plano**: uma breve história do século XXI. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- IANNI, Octavio. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- KORTEN, David C. **When corporations rule the world**. USA: Kumarian; USA: Berrett-Koehler Publishers, 1996.
- LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. **A armadilha da globalização**: o salto à democracia e ao bem-estar social. 5 ed. São Paulo: Globo, 1999.
- MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito**: *the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PRADO, Luis Regis. CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática**. 4. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Cortez, 2005. 4 v.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos; SANTOS, June Cirino. Reflexões sobre confisco alargado. **Boletim - 277**, IBCCRIM, São Paulo, dez. 2015.  
Disponível em [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5679-Reflexoes-sobre-confisco-alargado](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5679-Reflexoes-sobre-confisco-alargado).
- SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2001.
- STRECK, Lenio L. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 9, julh./dez. 2012.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

### Capítulo III

# Uma análise simbiótica dos bens jurídicos penalmente relevantes com a evolução da teoria da imputação objetiva

*Erick Oliveira Rocha Gomes\**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Breves considerações sobre a tutela dos bens jurídicos penalmente relevantes; 2. Uma análise da evolução concepcional da teoria da imputação objetiva e sua simbiose com a tutela dos bens jurídicos penalmente relevantes. Conclusão. Referências

**RESUMO:** Este trabalho abordará especificamente a aplicação da Teoria da Imputação objetiva e suas vertentes axiológicas, com o fito de deprender sobre sua aptidão mitigatória a tipicidade de condutas que visam proteger determinados bens jurídicos. As divergências estão situadas na possibilidade de sua aplicação. Além de ser uma teoria não positivada, ela permite que o Juiz de Direito antecipe o juízo de tipicidade da conduta e reconheça a ausência de delito sem a necessidade de alteração legislativa. Trata-se da análise da possibilidade de aplicação de uma teoria em estágio avançado de maturação no direito Alemão e a sua pretensa inserção no Direito Brasileiro, com o fito de evidenciar a ausência de lesão aos bens jurídicos tutelados, sem olvidar a inexistência de tipicidade nos mencionados casos, face a constatação da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, respectivamente. Será necessário perpassar sobre as características que norteiam os bens jurídicos protegidos, bem como as acepções dos doutrinadores sobre a Teoria da Imputação Objetiva, suas vertentes e modificações históricas, para em seguida adentrar na aferição da mitigação à tipicidade por intermédio da digressão concepcional Roxiniãna. Tais nuances serão questionadas, sendo abordados os posicionamentos contrários e a favor da aplicação teórica da Imputação Objetiva, na tentativa de demonstrar a sua importância e vantagens. A evolução jurídica deve acompanhar as mutáveis necessidades humanas.

**PALAVRAS CHAVE:** Teoria Da Imputação Objetiva; Autocolocação Em Perigo; Heterocolocação Em Perigo; Heterocolocação Em Perigo Consentida; Bens Jurídicos; Ofensividade; Intervenção Mínima.

---

(\*) Advogado e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

**ABSTRACT:** This work will specifically address the application of the theory of objective imputation and its axiological aspects, with a view to infer about his fitness mitigate typicality of conduct designed to protect certain legal interests. Disagreements are situated in the possibility of their application. In addition to being a theory not positively valued, it allows the judge prejudge the typicality of conduct and recognize the absence of an offense without the need for legislative amendment. This is the analysis of the applicability of a theory at an advanced stage of maturity in the German law and its alleged inclusion in Brazilian law, with the aim of demonstrating the absence of injury to legally protected interests, without forgetting the lack of typicality in mentioned cases, from finding the *autocolocação* in danger and *heterocolocação* in danger assented, respectively. You will need to pervade on the characteristics that guide the legal interests protected, and the meanings of the scholars on the theory of imputation objective, its aspects and historical changes, to then enter in determining the mitigation typicality through conceptional tour Roxiniãna. Such nuances will be questioned, and approached the counter positions and in favor of the theoretical application of the imputation objective, in an attempt to demonstrate its importance and benefits. The legal developments should be the changing human needs.

**KEYWORDS:** Theory Imputation objective; *Autocolocação* Endangered; *Heterocolocação* Endangered; *Heterocolocação* In Consentida Danger; Legal Goods; Offensiveness; Minimal Intervention.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre as nuances que integram a aplicação da teoria da imputação objetiva, mais precisamente no que concerne a vertente da *autocolocação* em perigo e *heterocolocação* em perigo consentida e, o seu viés mitigatório às condutas típicas com vistas a proteção dos bens jurídicos.

Trata-se de um tema recente no direito brasileiro, apesar das acepções da doutrina Alemã revelarem registros desde a década de 1970, sendo um instituto que vem sofrendo mudanças significativas decorrentes dos entendimentos jurisprudenciais aplicados à realidade social do Direito Brasileiro.

Este trabalho abordará mais precisamente a possibilidade da aplicação da teoria da imputação objetiva, materializada em suas subespécies teóricas, intituladas de *autocolocação* em perigo e *heterocolocação* em perigo consentida, e sua aptidão de mitigação à tipicidade.



As divergências estão situadas na constitucionalidade de sua aplicação. Além de ser uma teoria não positivada, ela permitiria que o Juiz de Direito antecipasse o reconhecimento da atipicidade das condutas em face do reconhecimento da autocolocação em perigo, bem como sob a égide da vertente da heterocolocação em perigo consentida.

A base fundamentadora deste estudo está esculpida nas acepções preconizadas pelo mentor da referida teoria, Claus Roxin, e nas ponderações abordadas por seus críticos, que ocasionaram a modulação das posteriores vertentes, como os doutrinadores e filósofos Gunter Jakobs e Manuel Cancio Meliá, sem olvidar a jurisprudência comparada do Tribunal Alemão (BGH), berço de concepções teóricas adotadas pelo direito Brasileiro.

Sua aplicação, entretanto, depende da adoção teórica de um instituto com vasto teor fundamentador, que pauta suas concepções nos preceitos que fundam a estrutura basilar do direito penal, tal qual os princípios da ofensividade, proporcionalidade, razoabilidade, intervenção mínima, *última ratio* e transcendentalidade da ofensa, dentre outros.

Serão abordados os fundamentos da propensa aplicação da teoria da imputação objetiva, tecendo-se uma análise criteriosa de sua evolução e finalidades pretendidas, como a busca da celeridade da atuação do direito penal, sob a égide basilar do princípio da ofensividade, além da tentativa de incorporação de acepções teóricas evolutivas capazes de assegurar a descriminalização de condutas que despontam a ingerência danosa do direito penal.

Sopesando que o reconhecimento da aplicação da teoria da imputação objetiva acarreta na perda do direito de punir outorgada ao Estado, o presente trabalho foi estruturado de forma a explicitar, inicialmente, destacando-se a incidência gravosa sobre a proteção de bens jurídicos, sua potencialidade lesiva face a tipificação de condutas sem grandes reflexos para a sociedade (princípio da ofensividade).

Posteriormente, partiremos para análise de aspectos pretéritos da teoria da imputação objetiva e suas subespécies teóricas, bem como digressões sobre as teorias do delito que culminaram na modulação e origem do instituto, a figura dos riscos proibidos e permitidos, bem

como as vertentes da autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida.

É sabido que o direito penal nos seve para tutelar situações que outros ramos do direito não conseguem satisfatoriamente fazê-lo. Tal asseveração está intimamente relacionada a observância do princípio da intervenção mínima e da *ultima ratio*, presente nos estados democráticos de direito.

Contudo, embora necessário, o direito penal, no exercício dos poderes que lhe são assegurados, é capaz de gerar danos sociais, tendo em vista o desvirtuamento que sua finalidade possa sofrer, serão tecidas considerações acerca do surgimento dos bens jurídicos.

Os aludidos bens jurídicos são os pontos primordiais que encabeçam toda a atuação do direito penal, tem em vista que após se aferir sua finalidade, surge a necessidade de imergir sobre a sua tutela, presente na tipificação de condutas, que ocorrem com o fito da proteção de determinados bens jurídicos.

Delimitar, portanto, as métricas de surgimento dos bens jurídicos significa tentar elucidar em quais situações o direito penal estará legitimado a atuar, salientando a necedade de se aferir como a moral desempenha seu papel nesse momento.

Uma sociedade que almeja a preservação ampliativa dos direitos fundamentais é aquela que deslegitima a atuação exacerbada do direito penal, pois, a evolução implica no esvaziamento das tipificações de condutas.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA DOS BENS JURÍDICOS PENALMENTE RELEVANTES**

Primordialmente, no que tange à Teoria da Imputação Objetiva, com a real intenção de aferir pragmaticamente quais são as características que circundam a criação concepcional e sua pretéritas modulações evolutivas, necessário se perfaz a análise conjunta da gravidade interventiva do direito penal, que nos remonta ao exame da formulação concepcional dos bens jurídicos capazes de respaldar tal atuação, na tentativa de tornar nítida qual a verdadeira função do referido ramo jurídico.

O conceito de bem jurídico sofre a ingerência axiológica de diversos autores que fundamentalmente se debruçam sobre o etiquetamento deste elemento motivador da atuação legítima do ramo jurídico penal.

Dentre as acepções que inicialmente merecem destaque, podemos aduzir a explanada por Gunther Jakobs ao asseverar que:

O direito penal não serve para a proteção genérica de bens que são considerados como jurídicos, serve sim, para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito, e, portanto, serão considerados, bens jurídicos.

O direito não é um muro construído para proteger os bens, é sim, a estrutura que garante a relação entre pessoas. Portanto, o direito penal como proteção dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida das ameaças de outra pessoa. (JAKOBS, 2005, p.33)

A delimitação conceitual formulada por Jakobs, nos remete a constatação de que ao direito penal não se atribui a árdua tarefa de classificar, tampouco originar os bens jurídicos de determinada sociedade, competindo-lhe a tarefa não menos valorada de proteção aos aduzidos bens.

O preceito formulado por Jakobs transmuta a atuação do direito penal a um momento posterior ao surgimento dos bens jurídicos, na realidade o direito penal não terá o condão de preservar todos os bens jurídicos, na medida em que ainda haverá um afunilamento dos bens que merecem a atenção do direito penal, sendo os demais protegidos por normas do direito civil ou administrativo.

Por sua vez, a de se conceber a primazia conceitual estabelecida pela concepção de Claus Roxin que expende:

A função do direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

Bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. (ROXIN, 2006, p.18).

A ótica traçada pela concepção Roxiniana, traduz a real função dos bens jurídicos catalogados pelo direito penal e sua ínsita tratativa protecional cuja finalidade esta lastreada pela busca do equilíbrio das relações interpessoais vistas coletivamente.

A tentativa de construção de um conceito harmônico do que poderia corresponder, no âmbito teórico, os bens jurídicos, em que o direito penal se predispõe a tutelar, merece a confrontação com as ideologias estabelecidas por filósofos como Rudolphi, Marx e Hassemer.

Os aludidos autores baseavam a concepção do bem jurídico, sob o prisma ideológico de caráter pessoal, individualizando o que deveria integrar a proteção jurídico penal, assim, segundo Roxin, correspondia a uma ideologia limitativa, inepta a abarcar os bens jurídicos da generalidade (ROXIN, 2006, p.19).

É imperiosa a aferição de que a tutela jurídico-penal dos bens postos em análise, indistintamente perpassa pela necessária expropriação valorativa dos elementos que compõe a visão axiológica de determinada coletividade de sujeitos, que anseiam pelo natural convívio harmonioso.

Uma vez concebido os moldes de aferição pelos quais se permitem estimar os bens jurídicos que necessariamente merecem a intervenção danosa do direito penal, alcançasse o ponto motriz ensejador do surgimento dos tipos penais.

Os tipos penais consistem, de acordo com a necessária observância determinativa do princípio da legalidade, do resultado do processo legislativo que busca tutelar as acepções coletivas protecionais com o fito de possibilitar que determinados cidadãos se relacionem harmonicamente.

Se protege penalmente os bens relevantes à manutenção da ordem sob pena de latente afronta ao princípio da intervenção mínima da seara penal. A tutela incriminadora, em caso de afronta a tais bens, estaria substancialmente legitimada à proteção do essencial.

A essencialidade e subsidiariedade intrínseca a natureza jurídica do direito penal, correspondem aos elementos pretéritos primordiais para concepção da função de tal ramo jurídico, o que delimita o próprio poder do legislador.

Inconcebível será a possibilidade do estabelecimento, por parte do legislador, da tipificação de condutas que afrontem os direitos fundamentais ou correspondam a ideologias classistas.

A evolução paradigmática dá ensejo a proibição do retrocesso, na medida em que transpõe o referencial ideológico para um plano substancialmente mais elevado.

Ao se aferir a teoria roxiniana sobre os aludidos bens jurídicos penalmente relevantes, o autor insere, como elemento delimitador da atuação do poder legislativo no exercício da sua função constitucional de tipificar condutas, o elemento do consentimento, ao aduzir:

A consciente autolesão, como também sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo.

Um paternalismo estatal, enquanto este deva ser praticado através do Direito Penal, é por isto justificável somente tratando-se de déficits de autonomia do afetado (menores de idade, perturbados mentais, que não compreendem corretamente o risco para si).

A participação no suicídio não deve ser punível, como ocorre na Alemanha, ao contrário de muitos outros países, quando aquele que consentiu com a morte tomou sua decisão em um estado de total responsabilidade; isto é uma questão de grande importância na moderna discussão sobre eutanásia. (ROXIN, 2006, p.23)

Roxin acrescenta à memorável discussão do surgimento dos bens jurídicos penais, a possibilidade de consentir com a sua infração, expurgando a atuação do estado, desalvorando a tipicidade em virtude da disponibilidade subjetiva do referido bem.

Depreender a institucionalização do consentimento, outorgando poderes salutares a afetação aos tipos penais, em virtude da mitigação, por tal elemento, da lesão aos bens jurídicos, é um dos pontos teleológicos do presente trabalho científico, no que condiz mais precisamente aos reflexos à aludida tipicidade.

Contudo, necessário se faz a priori, o percalço sobre os demais elementos que mitigam a institucionalização exacerbada de numerosos tipos penais, tais como a inserção no direito comparado do princípio

constitucional da proporcionalidade, antes de adentrar nos elementos integrantes da figura do consentimento, com especial atenção aos delitos de consumo pessoal e correlatos preconizados na lei de drogas.

Transmutando a análise para o direito Alemão, Roxin nos ensina que o seu Tribunal Constitucional, em um juízo ponderado de cunho valorativo, legitimou como método de elegibilidade dos bens jurídicos penais, o princípio constitucional da proporcionalidade ao descrever que:

O Tribunal decide sobre a admissibilidade de uma intervenção jurídico-penal lançando mão do princípio da proporcionalidade ao qual pertence a chamada proibição de excessos como uma de suas manifestações.

Poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde de logo, haverá que deixar ao legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é um instrumento útil para a proteção de bens jurídicos.

Mas quando para isso não se possa encontrar uma fundamentação séria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de um norma penal desproporcional (ROXIN, 2006, p. 27).

O racionalismo sistêmico que deve pautar o arcabouço normativo de um estado democrático de direito, legitima a simbiose analógica de institutos que permitam a expansão do direito como mecanismo efetivo da tutela jurídica.

Nessa linha, Roxin destaca a atuação do Tribunal Alemão na intrínseca inserção do princípio da proporcionalidade como balizador da institucionalização de bens jurídicos que dão ensejo as normas típicas.

O direito se legitima em si mesmo quando, seus mecanismos racionais são proporcionais a teleologia pela qual seu embrionismo se funda. É a razão da existência sob a ótica da manutenção da sua necessária tutela que, em casos de desvios, se torna desproporcional.

Há ainda, a existência de outras métricas capazes de indicar técnicas de aferição ponderada dos fins aos quais o direito penal estaria legitimado a agir, o que será objeto de estudo no curso da construção do presente trabalho científico.

No que tange aos bens jurídicos penalmente relevantes, ponto primordial para identificação da tutela penal, é salutar o adendo acerca das

apreciações roxinianas às teses prelecionadas por Hirsch, Stratenwerth, Jakobs.

Segundo Roxin, Hirsch não tinha o intento negatório da concepção de bem jurídico pessoal derivado do contrato social, apenas compreendia a impossibilidade da proteção penal total a tais bens.

O mencionado autor ainda acrescenta a observância da tutela subsidiária do ramo penal, apenas quando ineficientes os mecanismos de controle advindos das regulamentações civis ou jurídico-administrativas.

A primazia racional da concepção de Hirsch, na visão de Roxin, foi a correlação necessária do aludido princípio da subsidiariedade com o princípio da proporcionalidade, estruturantes imprescindíveis ao organograma intervencional do direito penal. (ROXIN, 2006, p.31).

Merece destaque intelectual a asseveração construída por Stratenwerth ao incorporar como bens jurídicos penais a proteção de animais e das futuras gerações. Nesse epicentro ideológico Roxin anui enfaticamente que a ampliação de tais bens com o fito de incorporação não só do círculo dos homens, mas também, das demais criaturas vivas e das futuras gerações, é salutar para o contrato social harmônico. (ROXIN, 2006, p.33).

Tais concepções sempre nos remonta a ideia primordial de que os bens jurídicos eleitos pela sociedade são o resultado de suas acepções ideológicas, consuetudinária, políticas e demais elementos antropológicos que os materializam.

Tecidas tais considerações lacônicas acerca dos bens jurídico-penais, culmina-se a necessidade de adentrar nas axiomáticas concepções sobre o consentimento e suas vertentes basilares.

Partindo do pressuposto antropológico do consentimento, me atenho como objeto de estudo à classificação do mesmo, como a livre e desimpedida manifestação volitiva do sujeito com capacidade de compreender os fatos e sobre eles emitir sua vontade, após o devido juízo de valor.

O refinamento conceitual formulado no parágrafo anterior possui a finalidade de se ater estritamente a vertente jurídica de tal instituto,

sem necessariamente, no presente momento, se imergir nas concepções psicológicas, tampouco as intrínsecas a natureza do homem como ser natural.

Formulado tal adendo, foca-se a atenção a concepção do consentimento prelecionada por Feuerbach ao aduzir que:

Enquanto uma pessoa pode renunciar de seus direitos através de um ato declaratório de sua vontade, o consentimento para o fato da parte do prejudicado elimina o conceito de delito.

*Volenti non fit injuri.* Tão somente deve ser submetido às disposições prováveis (conforme o direito) do ofendido, o direito contra qual a ação, a que se refere o consentimento está dirigida. Se o direito está subtraído à livre manifestação da vontade do autorizado ou se este é incapaz da sua livre disposição, o consentimento não tem efeito jurídico algum. (PIERANGELI, 2001, p.73).

Na linha racional desenvolvida pelo autor referendado, se extrai como pressuposto do consentimento a aferição da natureza do direito e da capacidade de disponibilidade do bem jurídico infringido.

A agregação pretérita de elementos como requisitos para a ocorrência do consentimento possui o intuito de legitimar tal instituto como uma ferramenta criteriosa com aptidão de mitigar a violação aos tipos penais, se impõe requisitos para que com a sua supressão se ampliem as consequências da sua ocorrência.

O consentimento do ofendido juntamente com a aferição dos bens jurídicos penalmente relevantes, habitam o epicentro das atenções da legitimidade do direito penal ou da sua conseqüente mitigação, uma vez que, para toda atuação penal se invoca imprescindivelmente os princípios da intervenção mínima, da lesividade, da subsidiariedade e suas derivadas acepções.

Com tal relevância, necessário se faz se debruçar de forma tênue sobre as demais teses do consentimento, como as concebidas por Zitelmann, Frank, Bierling, Mezger e Welzel, no intuito de ilustrar as suas fundamentações teóricas que embasarão de forma aprofundada o presente trabalho em momento posterior.

Segundo discorre Zitelmann e posteriormente Frank, o consentimento pode ser visto como uma figura assemelhada ao negócio jurídico



eminentemente privado. Tal concepção se baseia na possibilidade do estabelecimento sinalagmático da vontade em detrimento de determinados bens.

Assim, “todas as ações consentidas que estivessem de conformidade com o direito privado, ainda que eivadas da antijuridicidade penal, esta restaria excluída em face das disposições da gestão de negócios” (PIE-RANGELI, 2001, p.75).

Contudo, muito embora se permitisse a formulação de um negócio jurídico mitigador da atuação do direito penal, isso só se faria possível quando o bem alvo de lesão não possuísse natureza pessoal, tais como a vida, integridade física dentre outros.

O referido afunilamento que sobrestariam determinados bens, correspondem a possibilidade de disponibilidade volitiva do ofendido e a autorização social, uma vez que mesmo presente os requisitos para formulação do “negócio jurídico”, tal bem pessoal seria insuscetível de afeção mitigadora da tutela penal.

A referida teoria procurava justificar a coexistência legítima de esportes que atentam contra os referidos bens pessoais, tais como boxe, “vale tudo” e demais atividades lesivas.

Nada obstante, apesar de ilustrar uma nova vertente ótica, a referida tese sofrera fortes críticas a exemplo das tecidas por Mezger, que aduzia não serem todas as manifestações de vontade objetos de negócios jurídicos além do ordenamento legitimar a formulação de negócios jurídicos sobre objetos lícitos e não sobre os bens considerados ilícitos por outro ramo jurídico como o penal.

Conclui as suas críticas, salientando que tal concepção negocial do consentimento se tratava de um desacerto da compreensão de dois institutos diametralmente opostos, o consentimento como causa de justificação salutar para o direito penal e, o consentimento como negócio jurídico desinteressante para o direito penal.

Na visão concebida por Bierling, os bens jurídicos possuíam a conotação de serem tutelados enquanto o seu titular os considerasse e os tratasse como bens de valor. Nesse sentido o seu titular, na medida que consentisse com determinada conduta, afastava a lesividade e por consequência a ilicitude.

A referida teoria recebeu a nomenclatura de teoria da ação jurídica, tendo em vista a mutação causada pelo consentimento, que afastava a tutela jurídico-penal sobre o bem objeto da disponibilidade.

Assim, de acordo com o suporte fático ensejador da disponibilidade, não a renúncia a previsibilidade típica da conduta, mas a renúncia à proteção jurídica do referido bem jurídico em face do sujeito exclusivo que exprimiu o consentimento.

Em derradeiro, merece atenção a concepção tecida por Mezger ao expender um aprimoramento a teoria de Bierling, asseverando que o consentimento pressupõe “o abandono consciente dos interesses por parte daquele que, legitimamente, tem a faculdade de disposição sobre o bem jurídico” (PIERANGELI, 2001, p.79).

O referido autor ainda enumera, em seu âmbito conceitual, que existem duas normas reguladoras das quais podem ser encontradas as causas que chamara de justificadoras, elencando como a primeira a falta de interesse que resultaria na ausência do injusto ou ausência de proteção, e na segunda, a determinação do interesse.

O aludido autor adota, ainda, como base ideológica, a necessária aferição da consciência jurídica de cada época, o que torna a aferição do consentimento intimamente atrelada aos elementos circunstancias que compõe determinada ocorrência empírica.

Por fim, ainda analisando o âmbito do consentimento, destaca-se a concepção de Welzel que se filia a teoria da ação jurídica asseverando que o consentimento torna determinada conduta lícita. Contudo, o referido penalista atribui uma elevada carga valorativa ao direito consuetudinário como critério limitador do consentimento, não podendo este ser contrário aos bons costumes.

Por tal linha racional e palpável o embasamento conceitual pautado na interrelação dos aspectos que compõem o surgimento dos bens jurídicos e a outorga, ao seu titular, de um elemento mitigador primado na valoração coletiva de tal bem.

A violação ao bem que embora só afete materialmente o ofendido, não está sujeito ao consentimento pelo fato de respaldar de forma colateral aos anseios sócias da coletividade.

### **3. UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO CONCEPCIONAL DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SUA SIMBIOSE COM A TUTELA DOS BENS JURÍDICOS PENALMENTE RELEVANTES**

As primeiras concepções da imputação objetiva se diferem da moderna concepção da imputação objetiva na medida em que, segundo retrata Roxin, “primeiramente, a formulação moderna trabalha com a ideia de risco, de perigo ainda não presente de forma explícita nas primeiras construções; em segundo lugar a formulação moderna desenvolve uma série de critérios de exclusão da imputação, enquanto as teorias primitivas esgotavam-se, fundamentalmente, em excluir os resultados previsíveis” (ROXIN, 2002, p.15).

Contudo, o ciclo paradigmático ensejador da solidificação conceitual de determinada teoria, denota sua aptidão em romper, no curso do percalço, as barreiras existentes no plano da crítica.

É assim, que primeiramente aflora a concepção de autores de renome como Larenz, Hegel, Honig e Welzen, como contribuintes diretos ou colaterais para o aperfeiçoamento teórico da moderna imputação objetiva.

De forma escalonada e sublime, se direciona a aferição contributiva de tais autores como o fito de elucidar a necessidade de aprofundamento, a posteriori, das vastas características e críticas existentes sob o âmbito conceitual de cada filósofo do saber.

Primariamente, salutares foram as contribuições conceituais agregadas por Larenz, que embora tenha enveredado mais acintosamente para o ramo cível do direito, foi o responsável por estabelecer a conceituação mais nítida da imputação.

Baseado nas concepções de Hegel, Larenz asseverava que a liberdade é inerente ao homem enquanto sujeito racional, essa liberdade intrínseca se manifesta por intermédio da vontade livre da vontade moral, e a vontade é exteriorizada através das ações (ROXIN, 2002, p.16).

A ação ganha o status de objetivação da vontade, essa teria aptidão de controlar os cursos causais em determinado sentido, nessa medida o que resultara de tal empreendimento receberia a concepção de obra do sujeito.

A vontade se torna o ponto motriz, percursora do ensejo das ações, sendo a ocorrência pretérita materializada por meio da ação humana. Tal ação passa a tangenciar o estabelecimento conceitual de uma nítida distinção do que corresponderia a uma ação, conceito diametralmente oposto do que se configura acaso.

Esta distinção estabelece, no plano teórico, uma diferenciação não formulada a época, sendo de imenso relevo para a imputação objetiva que trabalha com a ideia de risco proibido e risco permitido.

A concepção de Larenz ainda permite o enquadramento do conceito de finalidade que destoa da percepção do que corresponderia ao casual, sendo imputado ao sujeito tudo aquilo que integra a sua finalidade, o que não estiver enquadrado em tal conceito corresponderia ao acaso.

Apesar da primazia teórico distintiva desenvolvida por Hegel, na qual Larenz se fideliza, críticas surgiram tendo em vista tal conceito não permitir a inclusão em sua seara de imputação, dos crimes culposos, só permitindo a afetação aos crimes dolosos.

Com o fito de suprir tal lacuna teórica Larenz acrescenta como elemento o foco sobre a ideia de pessoa, rompendo, apenas nesse ponto, com a concepção hegeliana de imputação sobre o sujeito.

A pessoa passava a ser interpretada como ser racional (vertente teórica presente em outras concepções de Hegel, como as teorias das penas, mas não empregada nesse momento), o que denota o rompimento da concepção de sujeito natural.

Surge, portanto, a figura normativa de pessoa sob o prisma ótico da racionalidade inerente ao ser humano. Com o estabelecimento de tal modificação referencial se transmuta a finalidade para abranger tudo aquilo em que objetivamente a ação tendia a atingir, sendo rompido a concepção hegeliana adstrita a finalidade correspondente ao que o indivíduo efetivamente previu e quis.

Com a aludida modificação conceitual passa-se a abranger os delitos de natureza culposa diferenciando o que pode ser englobado na finalidade com o que corresponderia efetivamente ao acaso. Esse, agora, opera em caráter residual tendo em vista a aferição do dolo e da culpa.

Há de se notar que a finalidade não passa a ser aferida subjetivamente, mas sim objetivamente, não sendo imputado ao agente apenas aquilo que foi conhecido e querido mas também aquilo que poderia ser conhecido e compreendido pela vontade, tudo que for objetivamente previsível.

Larenz apesar de se basear nas concepções primadas por Hegel, introduz uma modificação salutar na aferição do indivíduo como pessoal racional munido de finalidade, passando a analisar tal finalidade de acordo com a métrica objetiva, objetivando a previsibilidade, sendo tal elemento essencial para a moderna teoria da imputação objetiva.

A importância conceitual fornecida por Larenz, corresponde ao ponto de partida para a concepção do finalismo e da imputação objetiva tal qual assevera Roxin ao aduzir que:

Welzel, o pai do finalismo, inclusive chega a apontar para a identidade de resultados entre sua teoria e a de Larenz. Por mais inacreditável que pareça, é bem possível afirmar que a teoria finalista da ação e a imputação objetiva tal como a conhecemos hoje são irmãs, ambas filhas da teoria da imputação de Larenz (ROXIN, 2002, p.20).

A inserção conceitual de um elemento consubstanciado no âmbito racional é capaz de multiplicar o alcance de determinada teoria, que pode passar a abranger outros suportes fáticos anteriormente incompatíveis, trata-se da evolução teórica.

No trajeto concepcional da moderna teoria da imputação objetiva, podemos elucidar a participação dos ensinamentos explanados por Honig, mentor da inserção da imputação no ramo jurídico penal.

Honig fora responsável pelo estabelecimento do que denominara nexos normativos, rompendo com a antiga concepção de nexos causais imposta pela teoria da causalidade, que estava adstrita a ocorrência de um comportamento e um resultado naturalístico de afetação ao mundo exterior.

O nexos normativos passou a corresponder a um filtro concebido em resposta a necessidade da ordem jurídica. Honig começa a asseverar que a imputação objetiva é estritamente axiológica, contudo tal valoração se

permeia de forma objetiva, como aquilo que poderia ser almejado pelo sujeito causador da conduta.

Assim, “será imputável aquele resultado que se possa considerar dirigido a um fim”, sob a vertente analítica objetiva. O aludido autor ainda salienta que a teoria da imputação corresponderia a uma teoria da ação em que seu objeto de afetação seriam apenas as ações típicas não englobando as demais (ROXIN, 2002, p.21).

Por conseguinte é imperioso destacar a salutar influência das concepções da teoria da causalidade adequada, da teoria da relevância, da teoria da adequação social, da teoria social da ação, bem como a teoria finalista da ação e da teoria dos crimes culposos, o que demanda um aprofundamento teórico extenso não correspondente ao objeto de estudo do presente trabalho.

Desta forma, feitas tais sucintas considerações é possível depreender que a imputação objetiva esta lastreada na concepção de criação de um risco proibido e a realização deste risco no resultado, sendo aferido objetivamente, e que esteja contido na esfera de proteção da norma.

Na aludida concepção moderna de imputação objetiva passamos a ter no tipo o resultado do somatório do tipo objetivo e do tipo subjetivo. O tipo objetivo por sua vez é composto da ação mais a causalidade, mais o resultado, somando-se ainda com a criação de um risco juridicamente desaprovado e a sua ocorrência no resultado.

Já o tipo subjetivo será composto pelo dolo somado aos demais elementos subjetivos especiais.

A referida conotação concepcional da moderna teoria da imputação objetiva passa a impor a necessária observância do critério do risco, podendo este se manifestar de forma proibida ou permitida.

A simbiose entre a concepção de risco, atrelada ao estudo do consentimento nos transporta para a aferição da teoria roxiniana da autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo, e esta última ainda sob a vertente da heterocolocação em perigo consentido.

É necessário salientar que nesse momento o consentimento passa a ter aptidão não em mitigar a tutela das condutas tipificadas pelo orde-

namento sob a análise do bem jurídico, mas sim o condão de afastar, em um determinado suporte fático, a ocorrência de tal ilícito.

Os bens jurídicos penalmente relevantes possuem a característica embrionária de serem responsáveis por legitimar toda a atuação do direito penal, sendo indissociável a presença de tal requisito, tendo em vista a impossibilidade negatória de elementos pretéritos, sob pena de se imergir em uma concepção ilógica.

Contudo, o que se modifica é o referencial de afetação, tal qual nos ensina Roxin ao explicar:

A teoria da imputação objetiva, em cuja renovação e desenvolvimento moderno tenho tido uma participação destacada, decorre inexcusavelmente do princípio da proteção de bens jurídicos e, nesta direção, tem chegado a alcançar uma ampla difusão internacional.

Querendo o direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valore a infração na forma de uma lesão do bem jurídico, como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos criados pelos homens (ROXIN, 2006, p.40).

A concepção de permissibilidade de riscos possui a finalidade de possibilitar o desempenho de atividades necessárias à manutenção da vida do ser em sociedade, caso não houvesse a figura do risco permitido alcançaríamos o congelamento social.

O risco permitido consiste na permissibilidade de atividades que possam afetar determinados bens jurídicos penalmente relevantes sem que com isso se incorra na prática de atividades típicas.

Roxin ainda nos ensina que “podemos mostrar que a teoria da imputação objetiva se encontra enlaçada diretamente com o princípio da proteção de bens jurídicos, e que dita teoria fixa a medida da proteção mediante um sutil conjunto de regras, racionalmente convincentes, circunscritas ao social e politicamente necessárias.

Portanto, a teoria da imputação objetiva resulta à constituição do injusto penal muito mais produtiva que as categorias ontológicas valora-

tivamente cegas, como, efetivamente, são a causalidade e a finalidade. (ROXIN, 2006, p.43).

Formulando um peculiar esclarecimento sobre os principais conceitos e características norteadoras da teoria da imputação objetiva, Manuel Cancio Meliá assevera que:

Por isso, um crescente setor doutrinal – em que se destacam as colocações de Frisch e Jakobs – propôs orientar a teoria da imputação objetiva para entendê-la como revisão do tipo objetivo. Passa-se assim da imputação do resultado à imputação da conduta como típica.

Desde o ponto de vista aqui adotado, está é a visão correta da teoria da imputação objetiva: trata-se de definir a conduta típica, mais além de elementos fáticos naturais e de acidentes particulares da infração, normativamente como conduta com significado (objetivo) típico. Desde esta perspectiva, o peso essencial da teoria – aplicável a qualquer infração – estaria nos mecanismos dogmáticos da imputação da conduta como típica, passando os problemas da imputação objetiva do resultado a converter-se numa especialidade dos delitos de resultado. Vista assim, a teoria da imputação objetiva é a tradução dogmática na teoria do tipo das correntes jurídico-dogmáticas funcionais das últimas décadas.

Uma vez assentados os pressupostos que antecedem resulta possível chegar ao nível dogmático concreto, é dizer, oferecer uma ordenação do material destinado a ser aplicado na resolução de casos. Cabe afirmar, de acordo com o já exposto, que toda a teoria da imputação objetiva responde a duas raízes distintas: por um lado, trata-se de determinar se as características da conduta realizada pelo autor se correspondem com a previsão do delito. Por outro lado, nos delitos de resultado, trata-se de comprovar – uma vez verificado o caráter típico da conduta – se o resultado conectado causalmente a essa conduta pode conduzir-se normativamente a esta, é dizer, se também o resultado é típico (MELIÁ, 2005, p.61).

Extraíndo dos ensinamentos acima explanados, podemos perceber que o autor identifica, sob o viés concepcional de Frisch e Jakobs, que a teoria da imputação objetiva fora criada no intuito de dimensionar a causalidade (evitação do regresso), nos delitos praticados, transpondo o aludido limite e conseqüentemente gerando a mitigação à tipicidade,



tendo como norte a criação dos riscos permitidos e proibidos, bem como a propensa imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima.

A aferição da aplicabilidade da teoria da imputação objetiva passa pela emprego de uma técnica com escalas sucessivas, aplicando-se uma classificação progressiva do que consistiria o âmbito mais genérico ao mais específico.

Inserir-se na análise técnica acima minuciada o conceito de risco permitido atrelado ao princípio da confiança, facilmente aferível nos casos de atividades inerentemente arriscadas, a exemplo do tráfego viário, o funcionamento industrial, dentre outras, com a escopo de proporcionar a rotação das engrenagem sociais.

A este contexto cabe ressaltar que doutrinadores ainda formulam a necessária distinção entre os riscos permitidos e os cursos causais irregulares, agregando aos primeiros o teor das atividades arriscadas em que seus descumprimento pode acarretar a infração a um tipo penal e contrapartida aos cursos causais irregulares em que as condutas que não observam o devido cuidado não acarretam em tipos penalmente relevantes.

Nesse espectro, o que se evidencia são as situações que, embora desencadeadoras de atividades que extrapolam a aceitação social, só geram a ingerência de outros ramos do direito ou, sequer estes.

Surge então questionamentos acerca da aplicação deste ponto teórico no direito Brasileiro, uma vez que segundo preleciona Meliá, “não lidamos no Brasil com os conceitos supra, é dizer, não verificamos para imputar determinada conduta ao caso, se podia confiar de que os outros, dentro de uma interação social que se espera, ou ainda, numa organização de trabalho, comportar-se-iam de acordo com o esperado” (MELIÁ, 2005, 64).

Nessa conjectura, o autor ainda elucida os casos dos sujeitos que se envolvem em acidentes de trânsito e que, como reprimenda estatal, sofrem as sanções decorrentes do Código de Trânsito, de natureza administrativa, como multa ou, até mesmo, são obrigados a despende quantias a título de reparação de natureza cível.

Inserir-se nessa inteligência o princípio da confiança, como métrica a dar especificidade a genérica aferição dos riscos permitidos. Nesses

casos o que se buscar é a constatação da esfera de responsabilidade dos sujeitos ativos da conduta em análise e, ainda, afinando os conceitos, se aplica a concepção da proibição de regresso prelecionada por Jakobs, sem olvidar a transposição da barreira dos ditos riscos permitidos aos proibidos, ensejadores da teoria da imputação objetiva.

Jakobs insere o conceito de proibição de regresso com a precípua finalidade de impor pragmaticamente o direcionamento específico da responsabilidade dos sujeitos que atuam em determinado suporte fático passível de aplicação da imputação objetiva.

A proibição de regresso visa o estabelecimento de mais uma métrica com o viés de resvalar as imposições unilaterais e arbitrárias dos comportamentos. “Existe uma proibição de regresso cujo conteúdo é que um comportamento que de modo estereotipado é inócuo não constitui participação numa organização não permitida”. Para Jakobs, no que se refere ao seu enquadramento sistemático – e este é, como se disse, o ponto de vista que aqui se defende – a proibição de regresso exclui a imputação objetiva do comportamento” (MELIÁ, 2005, p.66).

Derradeiramente surge o problema da delimitação para proibição de regresso, sendo salientado pelo autor que:

Para marcar estes limites, Frisch propôs recorrer ao critério do “conteúdo de sentido” da conduta do autor. Desde esta perspectiva, só se a conduta do autor mostra o específico sentido de ser um favorecimento ou uma incitação a um comportamento delitivo ou a uma conduta arriscada de um sujeito que carece dos conhecimentos relativos aos riscos, poderá falar-se, em princípio, de uma conduta típica do primeiro.

Desde a perspectiva aqui adotada, em conclusão, pode dizer-se que o âmbito da proibição de regresso fica diferenciado do correspondente ao risco permitido pelo fato de que uma vez determinado o âmbito em que existe um significado unívoco não delitivo da conduta do autor – a conduta do autor, como se viu, fica desvinculada do posterior desenvolvimento lesivo com independência da cognoscibilidade ou conhecimento por parte do autor do mesmo (MELIÁ, 2005, p.69).

Observa-se o emprego de um critério com o fito de evitar a vinculação desarrazoada dos antecedentes causais aqueles que de fato, não

empregam comportamentos significativamente relevantes à afetação do fato típico.

Meliá ainda enumera o que intitulou de “imputação no âmbito de responsabilidade da vítima”, salientando que se trata da terceira instituição da teoria da imputação objetiva, nesse espectro expõe que:

A instituição que traduz em termos dogmáticos esta necessidade de levar em conta o valor da auto responsabilidade no marco da teoria da imputação objetiva pode denominar-se imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima. Esta instituição opera nos casos em que o titular de um bem jurídico (“vítima”) empreende conjuntamente com outro (“autor”) uma atividade que pode produzir uma lesão desse bem jurídico. A atividade geradora do risco deve ser imputada ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima, na medida em que – em primeiro lugar – a atividade permaneça no âmbito do organizado conjuntamente pelo autor e vítima, – em segundo lugar – a conduta da vítima não tenha sido instrumentalizada pelo autor, por carecer esta da responsabilidade ou da base cognitiva necessárias para poder ser considerada auto – responsável, e – finalmente, em terceiro lugar – o autor não tenha um dever de proteção específico frente aos bens da vítima.

A imputação da atividade ao âmbito de responsabilidade da vítima não depende da configuração fenomenológica das contribuições de execução material da vítima e autor por si (MELIÁ, 2005, p.72).

Desse recorte concepcional podemos extrair que a definição da atividade desenvolvida conjuntamente pelo autor e pela vítima em questão, a esfera de responsabilidade passa a recair sobre a vítima.

A conclusão parcial da afirmação acima descrita, decorre da constatação de que a esfera de autonomia detida pela vítima, transporta uma atribuição preferente dos prováveis danos a sua próprio esfera de responsabilidade.

Essa concepção destoa da já apreciada ideologia teórica da autoria e participação, na medida em que as bases se pautam na aferição da contribuição do agente tendo-se como métrica a maior ou menor classe em relação a sua relevância na execução, enquanto que para teoria da imputação a análise se perfaz sob a ótica da auto responsabilidade em se pôr na situação de risco desencadeadora do evento supostamente ilícito.

Assim, “se a interação é reconduzível ao atuar imputável à vítima, desde o ponto de vista normativo o fator dominante é sua conduta auto-responsável” (MELIÁ, 2005, p.72).

Meliá descreve tal aceção no intuito de demonstrar o papel empenhado pela vítima e sua determinação para propensa culminação dos eventos posteriores, situação que corresponde a autocolocação em perigo.

Feitas tais digressões conceituais é imperioso perpassar sobre os debates que circundam a figura da heterocolocação em perigo consentida, precipuamente sobre a sua respectiva justificativa teórica existencial, para em seguida se ater a diferenciação dos casos de contribuição a uma autocolocação em perigo dolosa, tal qual já questionara Roxin. (ROXIN, 2014, p.130).

Roxin prelecionava que a figura da heterocolocação em perigo consentida se materializava nos suportes fáticos em que determinado sujeito, se dispõe a colocar terceira pessoa em uma determinada circunstância de risco juridicamente proibida, com total consentimento deste.

O embasamento teórico elucidado pelo mencionado autor nos remete a análise da existência real de constatação dos sujeitos envolvidos da circunstâncias de risco proibida e, sua assunção direta ou colateral, da responsabilidade dos danos porventura desencadeados.

Em sede de jurisprudência comparada, o mencionado autor nos remonta aos casos apreciados pelo Tribunal Alemão:

A jurisprudência nos fornece inúmeras outras constelações desse gênero, como o caso do Memel, decidido pelo então Tribunal do Império e ainda hoje famoso. Nesse caso, o comandante de um barco cedeu à pressão exercida por dois viajantes que, apesar de terem sido avisados por aquele dos riscos, queriam cruzar o rio em um dia de tempestade e me que o nível de água estava alto. O barco virou, os viajantes afogaram-se e o comandante foi salvo. O comandante pode ser punido nos termos do §222 do Código Penal alemão (homicídio culposo)?

O caso da Aids, em que alguém mantém relação sexual desprotegida com um parceiro portador do vírus, conhecendo a infecção deste, é um clássico da época do pós guerra. Uma heterocolocação em perigo consentida está da mesma forma

presente no caso de pequeno veículo transportador: Um homem que trabalhava em uma construção sentou-se, a despeito de ter sido advertido em sentido contrário pelo motorista, em uma parte desprotegida do veículo; ele foi atirado à via em decorrência de um acidente em que o motorista não teve culpa e faleceu. Muito discutido é também o caso do surfista do carro, em que jovens tentavam manter-se no teto de um carro que se movia a 70, 80 km/h. um deles caiu do carro e sofreu lesões corporais graves, o motorista responde pelas lesões? (ROXIN, 2014, p.130/131).

O mencionada autor formula o recorte dos referidos casos para tentar elucidar de forma mais clarividente como deve ser modulado os elementos distintivos entre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida.

Infere o autor que nos delitos culposos o elemento distintivo das duas teóricas figuras jurídicas esta pautado pelo domínio do sujeito sobre o desencadeamento dos acontecimentos.

Embora descreva como tênue a prescrita distinção, há de se observar que estão presentes pontos axiomáticos haja vista que, o próprio Tribunal alemão, não reconhecia a sub vertente teórica da teoria da imputação objetiva em seus julgados registrados em 2011. (ROXIN, 2014, p.132).

Roxin descreve ainda a existência da figura da autocolocação em perigo dolosa, em que o Tribunal Alemão (BGH), possui o entendimento da impunibilidade do agente.

O referido Tribunal clarifica seu entendimento através dos casos de participação no suicídio e autolesão dolosa conforme esclarece:

A fundamentação do BGH baseia-se na impunidade da participação em suicídio e autolesões dolosas: quem provoca, possibilita ou fomenta de forma culposa uma ação autoresponsável que conduzirá a autolesões ou ao suicídio não pode ser punível, se nem sequer no caso de provocação, possibilitação ou fomentação dolosa ele seria punível. No entendo, a opinião majoritária da doutrina fundamenta a impunidade do terceiro na autoresponsabilidade daquele que se autolesiona ou se autocoloca em perigo. Apesar da discussão existente, ambas as fundamentações não se excluem, pois a impunidade da contribuição a autolesão dolosa embasa-se justamente na autoresponsabilidade daquele que se autolesiona (ROXIN, 2014, p.133).

Necessário rememorar que o dito caso em análise que serviu de embasamento para exemplificação de Roxin, não é passível de tipificação no direito Alemão, situação dispare na nossa legislação criminal que descreve como conduta típica o auxílio, instigação ou induzimento ao suicídio, o que por si só não modifica a concepção teórica e possibilidade de enquadramento no nosso sistema jurídico.

O ponto axiomático situa-se na aplicável concepção da teoria da imputação objetiva que possui como vertente as ditas autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, que servirão como fundamentação teórica para legitimar a mitigação da tipificação do uso de drogas e do crime de tráfico na modalidade de cessão gratuita de drogar para consumo compartilhado.

Como expendido em momentos anteriores, o direito penal materializa sua atuação na pretensa proteção de bens jurídicos relevantes para o corpo social, como elucidado por Jakob, tratando-se na realidade de proibição de condutas que resvalam ou ponham em risco determinado bem jurídico, sempre sob a ótica da *ultra ratio*.

Nesse contexto, a autonomia em relação a alguns direitos, mesmos aqueles que possuam natura indisponível, deve ser referendada como viés ao estabelecimento de uma nova métrica que mitigue a intervenção danosa do direito penal.

Quem se expõe a uma heterocolocação em perigo normalmente não consegue avaliar detidamente a capacidade do terceiro sob o domínio da situação de risco da mesma forma em que constata a sua própria capacidade.

Roxin parafraseia as exposições proclamadas por JR Dölling, que expõe “deve se diferenciar a contribuição a autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida, pois nesta o risco para aquele que se expõe ao perigo não é na mesma medida dominável”, bem com as traçadas por Stratenwerth que “não consegue enxergar nisso nenhum motivo para um tratamento diferenciado”, e por fim as disposições de Otto que argumenta ao tratar da distinção entre o caso da corrida perigosa de motocicleta e o caso da carona “que o passageiro poderia a qualquer momento após o início da carona (...) encerrá-la por intermédio da manifestação correspondente” (ROXIN, 2014, p.133).

Busca Roxin, esclarecer a distinta concepção da autocolocação em perigo da figura da heterocolocação em perigo consentida, destacando que a segunda não é um simples caso da primeira na modalidade dolosa.

Neste ponto o autor acresce que a heterocolocação não pode ser tratada unicamente como um caso de consentimento outorgado ao agente causador da situação de perigo não permitido, uma vez que o consentimento esta dirigido ao resultado da conduta e a heterocolocação se per-faz sob a exige da premissa de que o deslinde será exitoso.

Mister se faz esclarecer os pontos distintivos das duas vertentes axiológicas da teoria da imputação objetiva para ao final aplica-la ao tema em apreço.

Roxin insere os questionamentos acerca dos elementos distintivos da heterocolocação em perigo consentida e a contribuição a autocolocação em perigo dolosa. Nesse momento o BGH ao apreciar os casos postos em análise se valeu da ideia do domínio do fato, conforme julgado:

A linha divisória entre autoria e participação é um critério proficuo para distinguir a impunível contribuição a autocolocação em perigo ou autolesão autoresponsável da, em essência típica, heterocolocação em perigo. Se não apenas aquele que se autocoloca em perigo ou se autolesiona detiver o domínio do fato sobre a ação perigosa ou ação lesionante, mas o colaborador ao menos também o detiver, cometeria este um fato próprio. Dessa forma, ele não poderia estar livre de pena por razões de acessoriedade, ou seja, em decorrência da ausência de um fato principal do autolesado (...) isso se aplica da mesma maneira aos casos culposos de auto ou heterocolocação em perigo. Portanto, também aqui a distinção entre auto e heterocolocação em perigo dá-se a partir do domínio sobre o desenrolar do acontecimento, que pode ser satisfatoriamente determinado com base no critérios objetivos desenvolvidos para averiguar o domínio do fato nos delitos dolosos (ROXIN, 2014, p.135).

Roxin elucida que houveram críticas ao julgado colacionado por ele, primeiramente pelo fato de que, ordinariamente a doutrina e jurisprudência não distingue autoria e participação no delitos de natureza culposa, bem como o domínio do fato que em regra consiste no domínio da ação típica, que não estão presentes na auto ou heterocolocação em perigo culposa.

A referida menção à detida teoria do domínio do fato se mostrou contraditória e despida de sustentáculo, tendo em vista que o ponto de destaque não é aquele concernente ao sujeito que possui o domínio do fato na situação empírica, mas sim de qual sujeito parte a colocação em perigo que culmina no resultado.

A título de exemplo merece o adendo da situação em que o sujeito faz uso para consumo pessoal de uma dose elevada de substâncias entorpecentes de caráter proibido, se auto inserindo em uma situação de risco de morte, devendo sua conduta ser impunível sob a exigência da autocolocação em perigo, base teórica que será mais detidamente apreciada, por se tratar do ponto motriz do presente trabalho.

O ponto distinto da autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida está situado na figura do agente que exerce a conduta de risco juridicamente proibida.

No caso de autocolocação em perigo o agente se insere no contexto fático de risco, expondo direito ou bem próprio ao risco e a conduta danosa resvala em sua esfera jurídica de proteção.

A heterocolocação em perigo por sua vez, se materializa quando o sujeito consente com a inserção por um terceiro, também imerso na situação de risco, em determinada situação de perigo, na qual não detêm ingerência volitiva nos desdobramentos fáticos.

Contudo, a detida distinção não é silente na doutrina que deu origem a referida teoria conforme clarifica Roxin:

Apesar de reconhecer a heterocolocação em perigo consentida como figura jurídica autônoma, a jurisprudência trata –a segundo as regras do consentimento. Na prática ela acaba, portanto, incorrendo no mesmo erro dos autores que aplicam as regras do consentimento de forma direta, ou seja, sem fazer menção às considerações da heterocolocação em perigo. O BGH não parece, entretanto, estar plenamente seguro da sua posição, pois menciona duas vezes que poderíamos estar diante de uma heterocolocação em perigo excepcionalmente equiparável a uma autocolocação em perigo, o que teria como consequência a exclusão da imputação ao tipo.

Também as três mais recentes manifestações sobre a nova decisão do BGH, as que Murmann e Stratenwerth publicaram



no livro de estudos em homenagem a Puppe (2011) e a Dölling nos estudos em homenagem a Geppert (2011), aplicam regras de consentimento, ainda que o façam por motivos diversos, e chegam frequentemente a conclusões distintas. Murmann considera haver uma heterocolocação em perigo consentida, mas nega a exclusão da imputação ao tipo com argumento de que isso significaria admitir a irrelevância normativa da distinção entre auto e heterocolocação em perigo, o que não é correto. Quanto à tese da irrelevância normativa, ainda será demonstrado que ela não está plenamente correta. Já Stratenwerth contenta-se com a indicação de que a opinião contrária foi superada: que o consentimento em um homicídio culposo (também) precisaria dirigir-se ao resultado morte, o que não se verifica em uma anuência em uma mera colocação em perigo, é um posicionamento que há muito já foi convicentemente refutado. Ele refere-se com isso a opinião de Lenckner no comentário Schönke/Schröder. Stratenwerth ignora, contudo, que Stenberg/Liben abandonou essa opinião na nova edição do comentário, tendo defendido de forma decidida que, caso um consentimento em ações perigosas devesse excluir o injusto, precisaria também dirigir-se ao resultado. Quando Stratenwerth diz a seguir que, caso se exija que o consentimento se dirija ao resultado, não existirá na prática nenhum conhecimento válido em uma conduta relacionada a um risco de vida, sua afirmação está efetivamente correta. No entanto ele não percebe que a solução do consentimento deve ser negada exatamente por isso, e que a exclusão da imputação oferece a, claramente necessária, possibilidade de absolvição (ROXIN, 2014, p.138).

A celeuma reside na capitulação da figura autônoma da heterocolocação em perigo em dissonância a uma simples vertente da autocolocação, uma vez que o consentimento, como anteriormente elucidado, não detêm a aptidão de solucionar os referidos casos, haja vista sua necessidade de extensão ao resultado.

Ademais o autor ainda menciona a existência de demais três razões que tornam nítida a distinção entre a heterocolocação em perigo consentida da autocolocação em perigo dolosa.

A primeira consiste na distinção do dolo, uma vez que não se perfaz lógico do ponto de vista analítico, aferir a distinta finalidade do dolo de resultado, na medida em que o sujeito que consente com a heterocolocação o faz acreditando que o resultado não desencadeara em lesão ao bem posto em risco, sendo, por tal medida, inexistente o referido dolo.

O segundo ponto dispare diz respeito a erronia consideração de que o consentimento corresponderia a um caso de colocação em perigo, sendo ao revés, um caso de permissão de exposição de um bem jurídico disponível, sem que isso enseje a disposição propriamente dita, na medida em que o sujeito que consente ainda espera manter o bem exposto ileso.

Ao final nos ensina que também se mostra incorreta a prelação de que o consentimento teria aptidão de excluir o desvalor de ação da conduta arriscada do terceiro e sua consequente responsabilidade, suscitando os pensamentos esboçados por Weigend e Murmann:

Não poderia referir-se à ação do agente, mas apenas à afetação do bem jurídico objeto da conduta, ou seja, ao resultado em sentido amplo. Como deveres de ação e omissão não podem ser criados por indivíduos, mas apenas pela comunidade jurídica, somente este pode afastar o cumprimento deles, o indivíduo pode apenas fazer com que a ação não se dirija a um objeto proibido.

Murmann tenta contornar essa consequência ao construir uma norma de conduta voltada apenas para a proteção da vítima: O consentimento suspende a norma de conduta voltada para proteção da vítima no âmbito da relação jurídica concreta, o consentimento transforma, assim, um risco normalmente proibido em permitido (ROXIN, 2014, p.140)

Nesse espectro o que se permeia é a transmutação da norma de conduta geral que se individualiza, transformando a conduta em bivalente, por um aspecto permitida e por outro proibida.

Diante o exposto é notório o salutar papel contemporâneo desempenhado pelo instituto da autonomia e consentimento e sua inserção axiológica sobre a teoria moderna da imputação objetiva, o que demanda o aprofundamento dos temas aqui suscitados para que se possa cientificamente concretizar a multiplicidade e ingerência de tal instituto sobre os delitos que necessariamente não merecem a proteção penal.

#### **4. CONCLUSÃO**

Em síntese o singelo trabalho almejou debater os institutos que legitimam a proteção do direito penal, compreendido na tutela dos bens jurídicos e suas acepções constitutivas, o grau de afetação das condutas que resvalam sobre sua esfera protetiva para propiciar a correlação com a

moderna teoria da imputação objetiva e seu nítido viés de mitigação ao dogma causal.

Perpassando sobre os capítulos elucidados, é mister constatar as teses que legitimam as teorias que embasam a elucidação dos bens jurídicos que a sociedade necessita proteger, passando a ter como detido guardião o danoso direito penal.

Por conseguinte fora demonstrada as características que deram origem a concepção da imputação objetiva, sua evolução histórica, bem como suas subespécies intituladas de autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida.

Assim, no plano teórico, faz-se necessário a conjugação de bases ideológicas presentes em outros ramos do direito, com especial atenção ao ramo constitucional, com afincos do estabelecimento da racionalidade a exemplo das teorias da máxima da proporcionalidade, associada com a lei de colisões, a lei do sopesamento, os postulados da ponderação, da necessidade, razoabilidade e outros fatores que propiciam a manutenção do convívio tal qual preleciona o Tribunal Federal Alemão.

Nas sabias palavras do filósofo Raul Zaffaroni é possível constatar que “as vezes carecemos de boas respostas pelo simples fato da má formulação das perguntas”.

A indagação que merece destaque é a que nos remete a origem dos institutos e quais são as suas respectivas finalidades pretendidas.

Como uma das possíveis respostas a esse questionamento, encontra-se a asseveração de que a teoria da imputação objetiva se mostra como uma vertente a referendar os princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, ofensividade e transcendência lesiva.

Ordem social compreendida em sua acepção ampla, tendo em vista que dentre os pilares estruturantes de um estado democrático de direito encontra-se a efetiva justiça.

A justiça, resultado da aplicação da racionalidade sistêmica, mantém a primazia legitimadora da atuação do Estado de direito, proporcionado o equilíbrio dos institutos penais com a acepção inexorável da mitigação a extensiva atuação do Direito Penal.

Assim, o povo outorga seus poderes ao Estado, que por sua vez pautado nos interesses de seus legitimadores, se organiza, estabelecendo os critérios para os exercícios das funções essenciais à manutenção da referida ordem social.

A sociedade é cíclica, e os frutos de sua atuação refletem no preenchimento de seus ideais, ideias esses que são norteados por aspectos que ensejam o afastamento gradativo da ingerência de um ramo jurídico empiricamente lesivo, a teoria da imputação objetiva nos serve para excluir a tipicidade das condutas que não afetam os bens jurídicos dos supostos sujeitos lesados, haja vista sua participação volitiva na situação fática.

## REFERÊNCIA

- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**, Contribuindo Para a Fundamentação de Um Paradigma Dualista. Coimbra Editora, Limitada, 1991.
- BECCARIA, Cesare Bonesana Marquês de. **Dos Delitos e Das Penas**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOSCHI, José Antônio P. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. 6. ed. Tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, **Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- HART, Hart L.A. **O conceito de Direito**. 4. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- HEGEL, Jorge Guilherme Federico. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitório. Lisboa: Guimaraes Editores, 1959.
- JAKOBS, Guther, MELIÁ, Manoel Cancio, **Direito Penal Inimigo**: noções e crítica. 2. ed. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal e Funcionalismo**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- \_\_\_\_\_. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo: Editora Manole, 2003.
- KANT, Emanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito Penal**, Sistemas, Códigos e Microsistemas. Curitiba: Jaruá, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal, Fundamentos e Teoria do Delito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**, Na Teoria do Delito. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Veja, 2004.
- \_\_\_\_\_. **A Proteção de Bens Jurídicos Como Função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Funcionalismo e Imputação Objetiva No Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Editora Renovar, 2002.
- WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal**, Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



## Capítulo IV

# O caso Chacina da Candelária e o direito ao esquecimento civil de ex-detentos

*Fábio Santos\**

*Bruno Leite\*\**

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Referencial teórico. 1.1. O direito ao esquecimento civil e a ressocialização de ex-detentos. 1.2. Evolução casuística do instituto no direito comparado. 1.3. STJ e o direito ao esquecimento: caso *Chacina da Candelária*. 1.4. O interesse público sobre o crime e o decurso do tempo. 1.5. Ponderação entre o direito ao esquecimento civil e as liberdades comunicativas. 2. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** O estudo explora o caso *Chacina da Candelária* e o direito ao esquecimento civil de ex-detentos. Para tanto, investigar-se-á qual a natureza jurídica do instituto, vinculado à ressocialização de ex-presidiários, tomando por base o *hard case* em tela, julgado em 28/05/2013 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). No contexto da sociedade da informação, tal estudo se justifica por sua atualidade e espaço conquistado na pauta jurídica, bem como por implicar renovado choque de direitos fundamentais entre os direitos da personalidade opostos à liberdade de imprensa. Objetiva-se delinear a construção teórica da tese do direito ao esquecimento a ex-detentos, com enfoque em sua evolução casuística no direito comparado; bem como explorar a colisão da tese, em sua perspectiva de proteção da personalidade individual, com as liberdades comunicativas; e, outrossim, avaliar as bases jurídicas para o reconhecimento da tese na jurisprudência brasileira a partir da supracitada decisão do STJ. Será utilizado método de abordagem dedutiva, numa pesquisa de revisão bibliográfica com predomínio das técnicas de coleta de julgados e análise de seus fundamentos jurídico-doutrinários. Conclui-se que o direito ao

---

(\*) Professor de Direito Constitucional e Administrativo Municipal da Faculdade de Tecnologia e Ciências – FTC, campus Itabuna (Graduação e Pós-Graduação). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Especialista em Direito Público e em Docência do Ensino Superior. Mestre e Doutorando em Desenvolvimento Regional e Urbano pela Universidade Salvador – UNIFACS.

(\*\*) Graduando em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciências – FTC.

esquecimento não evoluiu entre os ramos tradicionais do Direito, mas antes de modo casuístico, e traz consigo uma tutela de supressão informativa ao impor uma limitação temporal na divulgação de dados pessoais relativos a crimes passados cuja pena já se tenha extinguido, independentemente da veracidade e publicidade da informação, sendo que a ponderação realizada pelo STJ em sua aplicação no caso *Chacinha da Candelária* revela-se problemática.

**PALAVRAS-CHAVE:** liberdade de imprensa; privacidade; ressocialização; presidiários; crime.

**ABSTRACT:** The study explores the *Candelaria Slaughter* case and the civil right to be forgotten of former inmates. In order to do so, it will investigate the legal nature of the institute, linked to the resocialization of former inmates, based on the hard case cited, judged on 05/28/2013 by Brazil's Superior Tribunal de Justiça – STJ (High Federal Court). In the context of the Information Society, this study is justified by its relevance and space gained in the legal agenda, as well as its implying of a renewed collision of fundamental rights between the individual personality opposed to freedom of the press. The objective of this study is to outline the theoretical construction of the thesis of the right to be forgotten to ex-prisoners, focusing on their evolution in casuistic foreign law; as well as to explore the collision of the thesis, in its perspective of protection of the individual personality, with the communicative freedoms; and also to evaluate the legal basis for the recognition of the thesis in Brazilian jurisprudence based on the aforementioned STJ decision. A method of deductive approach will be used in a bibliographic review research with a predominance of the techniques of collection of judgments and analysis of its juridical-doctrinal foundations. It is concluded that the right to be forgotten has not evolved amongst traditional branches of law, but rather on a case-by-case basis, and entails a power of information suppression by imposing a temporal limitation on the disclosure of personal data relating to past crimes whose punishment has already been extinguished, regardless of the veracity and publicity of the information, and the weighting of principles made by the STJ in its application in the *Candelaria Slaughter* case is problematic.

**KEYWORDS:** freedom of press; privacy; resocialization; inmates; crime.

## INTRODUÇÃO

Os direitos subjetivos da personalidade, em seu caráter de essencialidade à condição humana, projetam os valores priorizados na sociedade em seu tempo histórico e, portanto, são de cláusula aberta. Tendo isso em mente, o constituinte pátrio de 1988 expandiu a proteção dos



direitos fundamentais para além do rol expresso em seus dispositivos, abrindo espaço, consoante previsto seu artigo 5º, § 2º, para o reconhecimento de direitos fundamentais com base no regime e nos princípios adotados pela Carta Magna.

A tese do direito ao esquecimento surge como desdobramento do princípio basilar e iluminador de todo o ordenamento que é a dignidade da pessoa humana, e ganha tração no contexto da sociedade da (hiper) informação em sua era digital, em que o poder de autodeterminação informativa do indivíduo se destaca progressivamente numa perspectiva contemporânea de proteção à privacidade. Busca-se, com o esquecimento, a proteção da memória individual contra intrusões indesejadas e injustificadas.

Em sua origem mais casuística que doutrinária, remissiva ao século passado, a tese do esquecimento surge no campo penal como parte do direito à ressocialização do ex-detento que não deseja ver repassados os atos reprováveis por ele cometidos e a conseqüente eternização de sua condição de criminoso. No entanto, a tese causa grande controvérsia ao transportar para a esfera civil sua tutela de supressão ou remoção de informações relativas a dados pretéritos originalmente lícitos que identifiquem uma pessoa de modo a causar-lhe sofrimento pela rememoração de fatos desabonadores. No bojo da construção teórica do instituto está a ideia de que uma divulgação lícita pode perder seu caráter de licitude pelo decurso do tempo, caso se esgote, nesse lapso, o interesse público ou relevância de sua lembrança, ponderado com seu potencial ofensivo ao direito subjetivo personalíssimo de alguém.

O presente artigo busca responder em que consiste a tese do direito ao esquecimento civil aplicada em benefício aos ex-presidiários, tomando por base o caso conhecido como *Chacina da Candelária*, julgado pela 4ª Turma do STJ em 28/05/2013, no Recurso Especial (REsp) n. 1.334.097-RJ, onde se discutiu o pleito originário de homem indiciado coautor/partícipe na famigerada chacina ocorrida no Rio de Janeiro em 23/07/1993, preso e posteriormente inocentado. Objeto da demanda pelo esquecimento foi a veiculação de documentário televisivo pela TV Globo, cerca de 10 anos após a soltura do pleiteante, que exibiu imagem sua à época do julgamento, além de fazer referência a seu nome, não obstante tenha sido uma divulgação verossímil de sua

condição de injustamente acusado e posteriormente inocentado, com imagens de arquivo de sua soltura. Destarte, uma divulgação originalmente lícita, posto que referente a dados pessoais de acesso público presentes nos autos criminais, num relato verídico de episódio marcante na história nacional, ainda assim ensejou o deferimento de uma tutela protetiva de direito individual da personalidade, posto que, segundo argumento do autor da demanda primária, ultimamente avaliado pelo STJ, a simples lembrança de seu nome e imagem em conexão com os homicídios pretéritos fora suficiente para trazer novamente à tona, em seu meio social, uma reputação de chacinador, reavivando uma situação já superada pelo decurso do tempo. Na decisão dos ministros da 4ª Turma, ponderou-se que o fatídico episódio histórico restaria bem contado sem identificação de nome e imagem do pleiteante em rede nacional (BRASIL, 2013b).

No intuito de responder a problemática ora estudada, far-se-á o percurso pela natureza jurídica do instituto e sua evolução casuística, como desdobramento do princípio da dignidade humana, até se chegar ao citado caso da jurisprudência pátria. Justifica-se a escolha do tema justamente pelo espaço conquistado na atual pauta jurídica, bem como pela grandeza dos dois blocos de direitos fundamentais afetados por sua aplicação jurisdicional, quais sejam, os direitos da personalidade em colisão com as liberdades comunicativas.

Objetiva-se traçar a construção teórica da tese jurídica do direito ao esquecimento civil a ex-detentos, com enfoque em sua evolução casuística no direito comparado; bem como explorar a colisão da tese, em sua perspectiva de proteção da personalidade individual, com as liberdades de expressão, imprensa e informação; e ainda avaliar os fundamentos para o reconhecimento da tese na jurisprudência brasileira a partir da decisão pioneira do STJ sobre o tema no caso *Chacina da Candelária*. Será utilizado método de abordagem dedutiva, com predomínio das seguintes técnicas de pesquisa: revisão bibliográfica, coleta de jurisprudência e análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais.

Entretanto, vale ressaltar que a adoção, incipiente e não normativa, do instituto do direito ao esquecimento não tem sido imune a críticas

e resistências válidas, visto que promove em renovada intensidade o choque histórico entre o bloco de direitos da personalidade (art. 5º, inc. X da CF) e as liberdades de expressão e informação (art. 5º, inc. IX e XIV da CF), ao impor uma limitação de ordem temporal à informação, até então estranha à dogmática tradicional dos direitos à honra, imagem e vida privada. Portanto, tarefa árdua é a do julgador em sopesar os direitos fundamentais colidentes, contrapor a proteção da memória individual à da coletiva, no caso concreto, para que se chegue a uma solução satisfatória e fugindo de decisionismos e subjetivismos que tanto prejudicam a segurança jurídica, esta um pré-requisito indispensável à livre circulação de idéias. O que se busca é não tolher a liberdade à informação de interesse público, ao ponto que também não se cause, em nome dela, prejuízo desnecessário ou injustificado à ressocialização do ex-detento.

## **1. REFERENCIAL TEÓRICO**

### **1.1. O direito ao esquecimento civil e a ressocialização de ex-detentos**

Em se tratando de colisão entre direitos fundamentais, um dos exemplos mais emblemáticos é o do confronto entre os direitos subjetivos da personalidade (art. 5º, inc. X da CF) e as liberdades comunicativas (art. 5º, inc. IX e XIV da CF). Esse ganha renovada importância com a tese do direito ao esquecimento civil.

Com vistas a atribuir ao indivíduo um maior controle sobre seus dados pessoais, em especial de dados pretéritos cuja recordação possa ter esgotado sua utilidade, atualidade ou interesse público, ainda que de divulgação originariamente legítima, surge a tese do direito ao esquecimento como incremento ao direito à privacidade, instrumental à proteção do bem jurídico da memória individual, requisito ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Num sentido prático, o direito ao esquecimento civil corporifica uma pretensão negativa de seu titular, qual seja, de não ver dados ou informações pessoais de seu passado, ainda que verdadeiros e originalmente de acesso público, recordados numa divulgação que lhe traga prejuízo à

reputação, e objetiva a supressão ou o apagamento desses dados e/ou indenização por dano moral, material ou à imagem. Ou seja, em síntese, é o direito ao apagamento ou supressão de dados, legitimado pelo decurso do tempo.

Schreiber (2013, p. 170-171) argumenta:

Se toda pessoa tem direito a controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável. (...) Ao longo das últimas décadas, o fortalecimento do papel da mídia trouxe o direito ao esquecimento para as páginas de jornais e revistas, como meio de impedir que fatos pretéritos sejam ressuscitados de modo aleatório, com graves prejuízos para o envolvido. A internet, com a perenidade dos seus dados e a amplitude dos seus sistemas de pesquisa, catapultou a importância do direito ao esquecimento, colocando-o na ordem do dia das discussões jurídicas.

Souza (2015, p. 52) justifica que o direito ao esquecimento, “em última análise, é o direito de não ter a memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros”.

No campo do direito penal é que o direito ao esquecimento talvez ganhe seu maior relevo, ao ser aplicado em benefício de condenados que cumpriram integralmente sua pena e, por maior razão, de acusados inocentados. Nesse sentido, aduz Silva (1998) apud Vasconcellos (2015, p. 15):

É o interesse do resguardo pessoal que sofre com a renovação do episódio infeliz na memória das pessoas, com a renovação do sofrimento experimentado pela revelação e com a postergação do esquecimento que seria tão salutar. Nesse sentido, o interesse do resguardo pessoal pode ser desdobrado em um direito ao esquecimento, a consistir no poder jurídico de impedir qualquer forma de **exploração** de episódios embaraçosos, infelizes ou desabonadores, que interessa sejam esquecidos (grifo nosso).

Diferente não é a lição de Schreiber (2013, p. 170):

O direito ao esquecimento (*diritto all'oblio*) tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização, evitando-se que seja perseguido por toda a vida pelo crime cuja pena já cumpriu.

Godoy (2001) apud Ferreira ([2013], p. 20-21), preleciona sobre a erosão do interesse público sobre fatos criminosos passados em prol da proteção da personalidade:

Cuida-se inclusive de garantir ou facilitar a interação e reintegração do indivíduo à sociedade, quando em liberdade, cujos direitos da personalidade não pode, por evento passado e expirado, ser diminuídos. Isso encerra até corolário da admissão, já antes externada, de que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Assim também com relação ao crime, que acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento ou mesmo de seu julgamento. É claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, aos grandes genocídios, como é o exemplo nazista. Aliás, pelo contrário, esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos.

A centralidade da ressocialização de egressos do sistema prisional na discussão do tese do direito ao esquecimento em esfera civil também se mostra presente na justificativa ao Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho Federal de Justiça (CFJ), aprovado nos dias 11 e 12 de março de 2013, e que trouxe grande destaque ao tema no cenário jurídico brasileiro:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

**Artigo:** 11 do Código Civil

**Justificativa:** Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (BRASIL, 2013a, p. 89).

Portanto, o direito ao esquecimento, ainda que aplicado no ramo do direito civil, e de fundamentação constitucional na dignidade da pessoa humana, projeta-se muito em seu aspecto fático no campo penal do direito à ressocialização do ex-detento ou acusado de crime, após extinção da pena.

## 1.2. Evolução casuística do instituto no direito comparado

A evolução da tese, a partir de casos de grande repercussão na doutrina oriundos do direito europeu e norte-americano, deu-se ao longo do século passado, e, na maior parte, no âmbito criminal. Por meio do que viria a ser chamado de direito ao esquecimento (*droit à l'oubli*), assim nomeado pela primeira vez na França nos anos 1960 (SARMENTO, 2015), argumentou-se pela não divulgação de informações sobre crimes pretéritos, a fim de preservar direitos da personalidade dos envolvidos. A seguir serão relatados os dois casos mais influentes na doutrina e jurisprudência pátrias sobre o tema.

O caso *Melvin v. Reid* (1931), ocorrido na Califórnia, remonta ao ano de 1918, quando a autora, Gabrielle Darley, então prostituta, foi julgada pelo homicídio de seu amante e cafetão Leonard Tropp, fato que atraiu atenção popular à época. Passados 9 anos, o filme *The Red Kimona*, lançado em 1925, tomou emprestado incidentes da vida de Gabrielle, como sua vida de prostituição, fazendo referência a seu nome, além de apresentar-se como sendo baseado em fatos reais. Gabrielle, que não tinha conhecimento do uso de sua história nem havia dado consentimento para tanto, então processou, em 1928, a produtora do filme Dorothy Reid e sua companhia, por invasão de sua privacidade, além de outras causas de pedir relativas a direitos de propriedade. A autora, agora Gabrielle Darley Melvin, alegou que, embora muito dos fatos retratados fossem verdadeiros – os fatos do julgamento nem podiam ser negados por serem registros públicos –, pertenciam a seu passado e contrastavam com seu presente de mulher casada, vivendo uma nova vida e conduzindo-se de modo respeitável em sua comunidade, na qual fizera muitos amigos que não sabiam de seu passado vergonhoso (UNITED STATES OF AMERICA, 1931).

O caso chegou ao Tribunal de Apelação da Califórnia em 1931, que, na impossibilidade de reconhecer o direito à privacidade da autora, por falta de previsão no *common law*<sup>1</sup> de sua jurisdição, deferiu o pleito da

---

1. O sistema legal dos Estados Unidos segue a tradição britânica do *common law*, que, diferentemente dos sistemas inspirados no *civil law* como o nosso, é geralmente não

autora com base no direito de busca da felicidade previsto na Constituição da Califórnia, um direito que implicava, a qualquer pessoa vivendo uma vida de retidão, liberdade contra ataques injustificados a seu caráter, posição social e reputação (UNITED STATES OF AMERICA, 1931). Segundo o Tribunal, a autora havia se reabilitado, tornara-se membro respeitável da sociedade, e não poderia ver permitida a destruição de sua reputação pela publicação da história pretérita de sua depravação sem qualquer motivo que não a expectativa de lucros pelos produtores, o que não era justificável por nenhum padrão moral e ético. Se a isso podia-se chamar de direito à privacidade era irrelevante ao caso (UNITED STATES OF AMERICA, 1931).

Vale ressaltar, contudo, que esta foi a orientação da Suprema Corte da Califórnia até 1971, hoje já superada:

Mais recentemente, as interpretações da Primeira Emenda pela Suprema Corte, mais generosa, deixam claro que a imprensa pode chamar atenção de forma verídica para fatos antigos, por mais embaraçosos que sejam. Em seu voto no caso *Shulman*, a ministra *Werdegar* indicou que a Suprema Corte da Califórnia não mais adotaria o precedente do caso *Red kimono*. A cultura jurídica americana tal como é hoje não aceitaria a proibição da publicação de fatos que já fossem de conhecimento público (LEWIS, 2011 apud MARTINS NETO; PINHEIRO, 2014, p. 826).

O segundo caso, um dos casos mais influentes na doutrina brasileira sobre o tema é, sem dúvida, o caso *Lebach*, objeto de Reclamação Constitucional decidida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) em 1973. A história do caso segue assim: em 1969, o reclamante participou como coadjuvante, juntamente com dois outros homens, de latrocínio a um depósito de munições na cidade de Lebach, o que resultou no brutal assassinato de quatro soldados alemães que estavam de guarda – um quinto soldado ficou gravemente ferido. Deu-se ampla cobertura pela imprensa e televisão locais. Os dois principais acusados foram condenados, em agosto de 1970, à prisão perpétua,

---

codificado e baseia-se largamente em precedentes, ou seja, nas decisões judiciais já emitidas em casos similares. Os precedentes aplicáveis em cada decisão são determinados pelo juiz da causa, o que lhes dá um papel de destaque na formulação do arcabouço legal do país (UNIVERSITY OF CALIFORNIA BERKELEY LAW, [2010]).

enquanto o reclamante, pela participação na preparação do crime, a seis anos de reclusão (SCHWABE; MARTINS, 2005). A emissora de televisão ZDF, dado o grande interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário sobre o ocorrido. Nele, o reclamante era apresentado com foto e nome, e depois representados por atores com detalhes da relação dos condenados entre si, incluindo suas ligações homossexuais e dos acontecimentos da noite do crime até a prisão. O documentário deveria ser transmitido pouco antes da soltura do reclamante. As tentativas do reclamante de conseguir em juízo uma medida liminar impeditiva da transmissão do programa foram frustradas nas duas instâncias inferiores, sob o fundamento de que o envolvimento do impetrante no crime o tornara uma personalidade da história recente do país (SOUZA, 2015), o que o conduziu a reclamar ao TCF, que, ao ponderar interesses constitucionais de mesma hierarquia e após analisar o documentário, ouvir a emissora e examinar os pareceres de especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação:

[...] julgou procedente a Reclamação Constitucional por vislumbrar uma violação perpetrada pelos tribunais do direito de desenvolvimento da personalidade [do reclamante] (...) e, por consequência, por considerar que uma intervenção na liberdade de radiodifusão, que se consubstanciaria na proibição de transmissão determinada pelos tribunais competentes (no caso de deferimento do pedido do reclamante) restaria, neste caso, justificada. O TCF, portanto, revogou as decisões dos tribunais civis e proibiu a ZDF de transmitir o documentário até a decisão final da ação principal pelos tribunais ordinários competentes (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 487).

O Tribunal se utilizou do princípio da proporcionalidade em sua decisão:

[...] podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à “personalidade” por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre (...). Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária por um lado deve considerar a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar



e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade (SCHWABE; MARTINS, 2005, p. 492).

Alexy (2006, p. 171-172), tece comentários a respeito da ponderação de direitos fundamentais colidentes realizada na decisão do TCF:

A decisão no caso *Lebach* oferece um exemplo de uma fundamentação de enunciados sobre graus de afetação e de importância. A tese de que a emissão televisiva representava uma afetação demasiadamente intensa na proteção da personalidade é fundamentada, por exemplo, fazendo-se menção ao alcance das emissões de televisão, aos efeitos do formato documentário, ao alto grau de credibilidade que os programas de TV têm junto ao público, à ameaça à ressocialização do autor, decorrente dessa credibilidade e de outras características do documentário, e ao prejuízo adicional que implica a transmissão de um documentário depois da perda da atualidade da informação. No que diz respeito à importância da realização do princípio da liberdade de radiodifusão, são aduzidas, em primeiro lugar, diversas razões para a importância da transmissão de notícias atuais sobre crimes graves. A partir dessa constatação, a repetição de uma notícia é qualificada como não suficientemente importante para justificar a intensidade da afetação.

Ainda sobre o caso *Lebach*, na elaboração de um enunciado de preferência que pode ser extraído da decisão do TCF, consubstanciado numa lei de colisão que sirva de base para casos semelhantes, para que a proteção da personalidade tenha preferência sobre a liberdade de informar, seriam necessários quatro suportes fáticos, segundo Alexy (2006, p. 102): “uma notícia repetida (...), não revestida de interesse atual pela informação (...), sobre um grave crime (...), e que põe em risco a ressocialização do autor”.

Numa perspectiva do direito constitucional pátrio, Barroso (2004, p. 16) comentou assim o caso *Lebach*: “a decisão é controvertida na própria Alemanha e dificilmente seria compatível, em tese, com as opções veiculadas pelo poder constituinte originário de 1988.” Vale lembrar que nossa Constituição prevê a regra da liberdade com responsabilização *a posteriori*: não se admite restrição sob qualquer forma, mas responsabiliza-se aquele que dela abusa (RAMOS, 2015).

### 1.3. STJ e o direito ao esquecimento: Caso Chacina da Candelária

Pouco mais de dois meses após a aprovação do Enunciado 531 pelo CFJ/CEJ, dois acórdãos da 4ª Turma do STJ versaram sobre o tema, admitindo a possibilidade de um direito ao esquecimento concernente à identificação pessoal vinculada a episódios criminais pretéritos divulgados em mídia televisiva. Ambos os julgados ocorreram no mesmo dia 28/05/2013, com relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão e originaram-se de ações indenizatórias demandadas em face da TV Globo pela veiculação do programa *Linha Direta Justiça*. Aqui será comentado apenas um dos casos: *Chacina da Candelária*.

No REsp n. 1.334.097-RJ, discutiu-se o pleito originário de Jurandir Gomes de França, indiciado coautor/partícipe nos homicídios conhecidos como Chacina da Candelária, ocorridos em 23 de julho de 1993 no Rio de Janeiro. O autor foi absolvido em seu julgamento pelo Tribunal do Júri, unanimemente, por negativa de autoria, e em 2006, após recusar-se a ser entrevistado e informar à emissora de que não desejava fosse feito uso de sua imagem em rede nacional, a TV Globo levou ao ar, em seu programa *Linha Direta Justiça*<sup>2</sup>, um documentário relembrando todo o episódio do famigerado crime e seu tumultuado inquérito policial, que levou injustamente à prisão três homens, dentre eles o pleiteante. No episódio, foram utilizados nome e imagens de arquivo – divulgadas à época do crime – de Jurandir. Entretanto, o relato televisivo deixou claro que ele, bem como outros dois homens, fora vítima de um erro no desastroso inquérito policial do caso, e que eventualmente fora inocentado e solto da prisão quando da descoberta dos verdadeiros culpados.

O autor, então, relatando tormentos trazidos pela veiculação da sua imagem, entendeu que a relembração do episódio pela emissora de TV levava a público situação já superada, reacendendo na comunidade onde

---

2. A íntegra do episódio do programa *Linha Direta Justiça* sobre a Chacina da Candelária veiculado em 2006, objeto da ação, encontra-se disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/a-chacina-da-candelaria.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

residia a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também à segurança de seus familiares. Alegou dificuldades em conseguir emprego oriundas da veiculação, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por justiceiros e traficantes (BRASIL, 2013b). Teve negado seu pedido indenizatório de danos morais em 1ª instância, mas a sentença foi reformada em seu benefício no TJ-RJ e mantida pelo STJ.

No julgamento do REsp nº 1.334.097-RJ relativo ao caso, assim como na decisão do TJ-RJ em 2ª instância, não se discutiu inverdade dos fatos relatados ou intenção difamatória à pessoa do autor, posto que não houve. O que se discutiu, de modo remissivo à justificativa do Enunciado 531 do CFJ/CEJ, foi justamente o uso dado a fatos pretéritos, quando danosos a direitos individuais da personalidade do ex-detento, notadamente a vida privada. *Grosso modo*, foi levado ao STJ o seguinte questionamento: é possível uma divulgação jornalística lícita de fatos criminais tornar-se ilícita pelo decurso do tempo?

Em seu voto, o relator Ministro Salomão, classificando o direito ao esquecimento como instrumental à tutela dos direitos da personalidade na sociedade da (hiper)informação e constitucionalmente admissível como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, firmou, a respeito de sua colisão com as liberdades comunicativas, um entendimento hermenêutico que não é pacífico, sequer majoritário, na doutrina constitucionalista brasileira ou na jurisprudência do STF, no sentido de que a CF prefere, *a priori*, na ponderação entre os direitos em tela, a inviolabilidade da privacidade e imagem à liberdade de informação.

À guisa de suporte à tese do direito ao esquecimento relacionada a processos criminais, o Min. Salomão invocou os dois precedentes do direito comparado aqui estudados, o norte-americano *Melvin v. Reid* (1931) e o alemão *Lebach* (1973), além de se utilizar, em seu voto como relator, da analogia com o instituto da reabilitação penal, em defesa da extensão desses efeitos também na esfera cível. Aduz:

[...] se os condenados que já cumpriram a pena tem direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores

e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos (BRASIL, 2013b, p. 43).

Voltando-se, num juízo de proporcionalidade em sentido estrito<sup>3</sup>, às particularidades do caso concreto, o relator reconheceu a veracidade da notícia e a historicidade dos fatos relatados, mas entendeu que a história restaria bem contada sem a revelação do nome e imagem de Jurandir em rede nacional, assim não restringindo, na essência, o direito fundamental às liberdades de imprensa da emissora e de informação da coletividade. Ressalva, porém, a não aplicabilidade do direito ao esquecimento quando “a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável” (BRASIL, 2013b, p. 5).

Como justificativa do dano moral, o relator sinalizou na direção de uma previsibilidade do resultado para a configuração de responsabilidade civil, enxergando a relação causal entre a divulgação da emissora, ainda que verídica e contextualizada no tempo, e a ofensa à personalidade do recorrido nos seguintes termos:

[...] a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca do índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida “vergonha” nacional à parte (BRASIL, 2013b, p. 5).

No dispositivo do acórdão, a condenação foi mantida, por unanimidade, pelos cinco ministros da 4ª Turma do STJ, no valor de R\$ 50.000,00 por danos morais ao recorrido. Restou consubstanciada no julgado a tese de que “gera dano moral a veiculação de programa televisivo sobre fatos

---

3. Depreende-se, da lógica argumentativa do voto, a utilização de um dos três elementos da teoria da proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Neste último, exige-se do intérprete uma avaliação da relação custo-benefício do fato jurídico avaliado, na busca de impor um sacrifício nitidamente inferior a um direito fundamental, em cotejo com o benefício dado a outro, de mesma grandeza, que com ele colide.

ocorridos há longa data, com ostensiva identificação de pessoa que tenha sido investigada, denunciada e, posteriormente, inocentada em processo criminal” (BRASIL, 2013b, p. 10).

O caso *Chacina da Candelária* será julgado pelo STF no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 789246-RJ/2013, com relatoria do Min. Celso de Mello.

#### **1.4. O interesse público sobre o crime e o decurso do tempo**

Resta pacífico na doutrina e jurisprudência o interesse público de notícias criminais atuais, não sendo oponíveis à liberdade de imprensa direitos de privacidade ou intimidade das pessoas retratadas no contexto do fato policial. Nas hipóteses de crimes, Godoy (2001) apud Ferreira ([2013], p. 19) segue a linha de que são, por natureza, de interesse público:

Trata-se de acontecimento que, afinal, representa a transgressão de uma regra de convivência imposta à sociedade, ou a seus membros, destarte que lhe diz respeito. Cuida-se mesmo, e a rigor, de questão que envolve a segurança pública ou, enfim, dos cidadãos.

Além do impacto próprio da transgressão às regras de conduta, a notícia do crime serve também a um propósito pedagógico e inibitório de novas condutas criminosas, ao tornar pública a resposta persecutória do Estado.

Entretanto, a tese do direito ao esquecimento civil, em benefício de ex-detentos, surge como modo de impedir que tais divulgações de fatos criminosos ocorram *ad aeternum*, em prejuízo injustificado à ressocialização de pessoa cuja pena já tenha sido cumprida e, portanto, já tenha havido a expiação da culpa.

No que tange ao interesse público das informações de processos criminais e o decurso do tempo, o Ministro relator do caso *Chacina da Candelária* no STJ consigna entendimento de que é indiscutível que tal interesse existe, mas que deve ser acompanhado da contemporaneidade da notícia, afirmando a prevalência de um direito ao esquecimento civil em prol dos ex-detentos nos seguintes termos:

[...] o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas (BRASIL, 2013b, p. 4).

De outro lado, ainda que se reconheçam casos em que é inegável o reflexo negativo e injustificado da retomada do fato pretérito público, é indubitavelmente salutar a distinção no que se refere ao ônus de fundamentação, posto que se argumenta, com o direito ao esquecimento civil, pela ilicitude de informações públicas pela mera passagem do tempo, o que não se pode admitir sem o necessário rigor. Nessa esteira, Barroso (2004, p. 34-35), após tecer argumentos em prol da posição preferencial *prima facie* das liberdades de comunicação em colisão com os direitos individuais da personalidade, esposou entendimento doutrinário contrário, em tese, ao direito ao esquecimento relativo a divulgações criminais:

[...] cabe examinar (...) a legitimidade ou não da exibição, independentemente de autorização dos eventuais envolvidos, de programas ou matérias jornalísticas nos quais: (...) (ii) sejam relatados e encenados eventos criminais de grande repercussão ocorridos no passado.

Examine-se em primeiro lugar a segunda circunstância (...). Ora, todos os parâmetros (...) indicam a legitimidade constitucional da divulgação desses fatos.

Com efeito, trata-se em primeiro lugar de *fatos verdadeiros*, não apenas do ponto de vista subjetivo como também, em alguns dos casos, com a objetividade decorrente de decisões judiciais transitadas em julgado. Ademais, o conhecimento dos fatos foi obtido por *meio lícito*, pois foram noticiados nos veículos de imprensa da época, assim como constam de registros policiais e judiciais. As pessoas envolvidas tornaram-se *personalidades públicas*, em razão da notoriedade que o seu envolvimento com os fatos lhes deu. Crimes são fatos noticiáveis por *natureza*, não podendo ser tratados como questões estritamente privadas. E,

por fim, há evidente *interesse público* na sua divulgação, inclusive como fator inibidor de transgressões futuras.

(...) A regra, portanto, em sede de divulgação jornalística, é a de que não há necessidade de obter-se autorização prévia dos indivíduos envolvidos em algum fato noticiável (verdadeiro subjetivamente e tendo fonte lícita) e que venham a ter seus nomes e/ou imagens divulgados de alguma forma. Eventuais abusos – e.g. negligência na apuração ou malícia na divulgação – estarão sujeitos a sanções *a posteriori*, como já assinalado. Mas como regra, não será cabível qualquer tipo de reparação pela divulgação de fatos verdadeiros, cujo conhecimento acerca de sua ocorrência tenha sido obtido por meio lícito, presumindo-se, em nome da liberdade de expressão e de informação, o *interesse público* na livre circulação de notícias e idéias.

Qualquer que seja o posicionamento assumido em tese, a ponderação de interesses no caso concreto é imprescindível para a resolução eficaz de conflitos relativos ao direito ao esquecimento civil de ex-detentos.

### **1.5. Ponderação entre o direito ao esquecimento civil e as liberdades comunicativas**

O tema do direito ao esquecimento na esfera civil é de grande controvérsia na doutrina, e de reconhecimento incipiente na jurisprudência. Diretrizes para sua aplicação podem ser colhidas em sua origem casuística no direito comparado, tanto assim que tal influência foi expressamente citada na fundamentação do acórdão do STJ no caso *Chacina da Candelária*. Necessário se faz, destarte, um estudo cuidadoso do que esses casos estrangeiros nos têm a ensinar, para que não se incorra no erro comum de importar conceitos alheios de modo acrítico e descontextualizado.

O caso *Lebach*, por exemplo, usado como paradigma no acórdão do STJ, traz como elemento decisivo em sua ponderação a ameaça iminente à ressocialização do preso, que estava prestes a sair em liberdade condicional à época da intentada divulgação do programa televisivo que retomava o relato criminoso do qual o autor fizera parte. Sarlet (2015) observa essa discrepância entre o caso paradigma alemão e o *Chacina da Candelária*, apontando a ausência de um risco iminente neste último, o que torna o deferimento da tutela de esquecimento problemática.

A necessidade de ponderação em casos de divulgação de fatos criminosos de ex-detentos é apontada por Branco (2015, p. 286):

A celebridade do passado nem sempre será objeto legítimo de incursões da imprensa. Algumas pessoas de renome voltam, adiante, espontaneamente, ao recolhimento da vida de cidadão comum – opção que deve ser, em princípio, respeitada pelos órgãos de informação. Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária [cita, em nota, o exemplo do caso *Lebach*].

Em se tratando de conflito de pretensões à privacidade e à liberdade de informação concorda-se que se analise a qualidade da notícia a ser divulgada, a fim de estabelecer se a notícia constitui assunto do legítimo interesse do público. Deve ser aferido, ainda, em cada caso, se o interesse público sobreleva a dor íntima que o informe provocará.

Assim, em meio a outras controvérsias que pesam sobre o instituto do direito ao esquecimento, inclusive em relação ao acórdão proferido pelo STJ no caso *Chacina da Candelária*, destaca-se aqui o ônus argumentativo que se exige de uma alegação de ilicitude de informações pertinentes a registros públicos, por mero decurso do tempo. Assim, deve-se garantir uma ponderação rigorosa entre os direitos colidentes, de modo a garantir uma proteção à privacidade do ex-detento em balizas seguras, que não impliquem efeitos inibitórios desproporcionais às liberdades comunicativas.

## 2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tese do direito ao esquecimento em notícias criminais espicaça o interesse pela controvérsia que traz em seu bojo, ao corporificar, em nova roupagem, o antigo embate entre as liberdades comunicativas de expressão, informação e imprensa ante os direitos subjetivos da personalidade. Em seu cerne, a ideia de que, pelo decurso do tempo, uma informação antes publicada legitimamente pode não mais expressar relevância ou interesse público, servindo apenas como meio de eternizar a lembrança de fatos pessoais desabonadores, notadamente fatos



criminais, muitas vezes capazes de estigmatizar na opinião pública a imagem de criminoso.

O princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III da Carta Maior garante o livre desenvolvimento da personalidade e, conforme atestou o CFJ em seu Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, a tutela da dignidade inclui o direito ao esquecimento como parcela do direito do ex-detento à ressocialização, dando ensejo à possibilidade de discutir o uso dado a fatos pretéritos, excluída qualquer tentativa de, por meio do instituto, apagar fatos indesejados ou reescrever a própria história.

A falta de previsão normativa expressa, mesmo pela dificuldade em se normatizar um direito cuja aplicação é inextricavelmente dependente da ponderação hermenêutica entre direitos fundamentais no caso concreto, torna o estudo da casuística do instituto no direito comparado de fundamental importância, tanto para acompanhar sua evolução num estágio mais maturado de discussão teórica e, assim, melhor balizar sua aplicação, quanto para averiguar e contextualizar as decisões às realidades sócio-políticas de cada país, de modo a não incorrer num velho hábito brasileiro de importar teses jurídicas estrangeiras sem a devida análise crítica em sua adaptação em nossa realidade. Deve-se ter em mente sempre dos riscos inerentes na estipulação, mesmo que pelo Poder Judiciário, de juízos de relevância quanto às liberdades comunicativas, em especial a liberdade de imprensa, não rigorosamente balizados.

Além, vale frisar que a censura judicial ocorre, no mais das vezes, não diretamente pela censura prévia, mas sim indiretamente pelo constrangimento das indenizações despropositadas por dano moral, o que causa um efeito resfriador *ultra partes* em toda a atividade comunicativa, que passa a se manifestar de forma menos plena – em sentido contrário ao que garante o art. 220, § 1º da CF – por medo de eventual cominação pecuniária.

Não há dúvidas de que o direito ao esquecimento oferece escopo particular e útil de proteção dentro do bloco de direitos da personalidade já expressos, no caso de relatos criminais passados que ofereçam risco ao direito de ressocialização do ex-presidiário, porém sua tutela também alarga de forma inovadora e preocupante as restrições à expressão e

acesso à informação. Portanto, tendo em mente a proteção constitucional destas liberdades em sua dimensão objetiva, deve-se, via de regra, reconhecer uma posição preferencial *prima facie* deste bloco de sobre-direitos da personalidade, como expressão mais imediata da dignidade da pessoa humana por sua ligação direta ao próprio regime democrático.

Contudo, a 4ª Turma do STJ não cumpre o ônus argumentativo de se conceber a ilicitude de uma divulgação pelo mero decurso do tempo, ônus esse que deve ser muito grande, a ponto de se promover uma condenação por danos morais, no caso específico do caso *Chacina da Candelária*, pela divulgação de um documentário que cumpriu todos os seus deveres de veracidade, credibilidade e fidelidade ao relato histórico, usando a imagem dos retratados para fins exclusivamente jornalísticos e sem uso de técnicas de manipulação do contexto informativo, muito menos revelando teor sensacionalista. Com base numa subjetiva presunção de posição preferencial *prima facie* das tutelas protetivas à personalidade, entendimento que não ecoa na doutrina majoritária, a 4ª Turma reconheceu o direito ao esquecimento em termos pouco sólidos, atentando contra a segurança jurídica e o princípio da unidade constitucional. No caso, descuidou o Tribunal da ideia de estigmatização, que deve sempre acompanhar a ponderação de valores na aplicação da tese do direito ao esquecimento na esfera civil, juntamente com o intuito de explorar a lembrança de fato negativo sobre outrem para fins alheios ao interesse público à informação.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert (2006). A estrutura das normas de direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Cap. 3, p. 85-179.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 16 out. 2016.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional** [recurso eletrônico]. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. 4, p. 278-286.

- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Enunciado 531. In: \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **VI Jornada de Direito Civil**. Brasília, jun. 2013a. p. 89. Disponível em: <[http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vi-jornadadireitocivil2013-web/at\\_download/file](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vi-jornadadireitocivil2013-web/at_download/file)>. Acesso em: 31 out. 2016.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Portal da Legislação do Palácio do Planalto [on-line]. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2016.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Portal da Legislação do Palácio do Planalto** [on-line]. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2016.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Acórdão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7). Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do Superior tribunal de justiça. Documentário exibido em rede nacional. *Linha direta-justiça*. Sequência de homicídios conhecida como Chacina da Candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconstitucional de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressocialização da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 maio 2013b. In: \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Revista Eletrônica da Jurisprudência** [on-line]. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num\\_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF)>. Acesso em: 03 nov. 2016.
- FERREIRA, João Gabriel Lemos. Os direitos da personalidade em evolução: o direito ao esquecimento. In: **Direito civil** [recurso eletrônico on-line]. CONPE-DI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito / UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba (orgs.). Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Francisco Cardozo Oliveira, Luciana Costa Poli. Florianópolis: FUNJAB, [2013]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4a46fbca3f1465a>>. Acesso em: 23 nov. 2016.
- MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de informar e direito à memória: uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. **Revista Novos Estudos Jurídicos** [eletrônica], v. 19, n. 3, p. 808-838, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6670/3805>>. Acesso em: 24 maio 2016.

- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 116-133, 522-530, 535-566.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Palestra (31 m.). **O direito ao esquecimento**. In: REUNIAO CBEC – CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS. Vídeo do evento [on-line]. Brasília, 11 set. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Hz1iVRjPoW0>>. Acesso em: 12 set. 2016.
- SARMENTO, Daniel. **Liberdades comunicativas e “direito ao esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. Parecer jurídico. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/-/3-publicacoes/21-liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira/liberdades-comunicativas-e-direito-ao-esquecimento-na-ordem-constitucional-brasileira.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 165-172.
- SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Orgs.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005. p. 486-493.
- SOUZA, Bernardo de Azevedo e. A tutela jurídica da memória individual na sociedade da informação: compreendendo o direito ao esquecimento. In: \_\_\_\_; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade (Org.). **Ciências criminais em debate: perspectivas interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 43-64. Disponível em: <[http://www.academia.edu/11848616/A\\_tutela\\_jur%C3%ADdica\\_da\\_mem%C3%B3ria\\_individual\\_na\\_sociedade\\_da\\_inform%C3%A7%C3%A3o\\_compreendendo\\_o\\_direito\\_ao\\_esquecimento](http://www.academia.edu/11848616/A_tutela_jur%C3%ADdica_da_mem%C3%B3ria_individual_na_sociedade_da_inform%C3%A7%C3%A3o_compreendendo_o_direito_ao_esquecimento)>. Acesso em 23/11/2015.
- UNITED STATES OF AMERICA. Court of Appeal of California, Fourth District. 112 Cal. App. 285-293 (Cal. Ct. App. 1931). Disponível em: <<https://casetext.com/case/melvin-v-reid>>. Acesso em: 22 out. 2016.
- UNIVERSITY OF CALIFORNIA BERKELEY LAW. The common law and civil law traditions. **The Robbins Collection** [on-line]. Berkeley, [2010]. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>>. Acesso em: 25 out. 2016.
- VASCONCELLOS, Lydia Maria Cavalcanti de. O direito ao esquecimento e a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, tomo II (L/V), p. 903-921, jul.-dez. 2015. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/artigos-cientificos-dos-alunos/volumes/volume7\\_n2\\_2015/pdf/LydiaMariaCavalcanti.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/artigos-cientificos-dos-alunos/volumes/volume7_n2_2015/pdf/LydiaMariaCavalcanti.pdf)>. Acesso em: 28 out. 2016.

## Capítulo V

# A legitimidade penal no Estado Constitucional Democrático de Direito: uma breve análise

*Geder Luiz Rocha Gomes\**

O questionamento acerca da intervenção penal do Estado, por meio do exercício do poder de punir, sempre ocupou espaço destacado na História, desde que se passou ao modelo de Estado de Direito, em face do gravoso atingimento dos mais importantes bens e valores individuais do homem, para a preservação exatamente destes mesmos bens e valores.

Ocorre que, para a compreensão dos limites da legitimidade da intervenção penal, é necessário não somente perquirir acerca da função da pena em abstrato, mas, verdadeiramente, averiguar a que finalidade corresponde a pena no direito penal de um determinado modelo de Estado.

No Estado moderno, onde a pena é seu monopólio, a função a ser por ela exercida, dependerá dos fins a ele atribuídos. Enquanto o direito penal de um Estado social legitima-se como sistema de proteção efetiva dos cidadãos, ao qual se atribui a missão de prevenção na medida do

---

(\*) Procurador de Justiça/ Coordenador do CEOSP do Ministério Público do Estado da Bahia. Graduado em Direito pela Universidade São Francisco – SP, Pós-Graduado em Direito pela Universidade Católica de Salvador – BA, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia e Doutorando em Direito Penal pela Universidade Autónoma de Lisboa – PT. Ex-Vice-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária. (CNPCP), Membro da Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas – MJ (CONAPA), Presidente do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP), Membro do Comitê Interinstitucional de Política Criminal e Penitenciária do Estado da Bahia, Membro da Comissão de Organização do 12º Congresso das Nações Unidas de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal (ONU), Membro da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais (ABPCP) e Professor de Direito Penal e de Execuções Penais de Graduação e Pós-Graduação.

necessário para esta proteção, em outro modelo, ou seja, em um Estado Democrático de Direito o direito penal encontra outros parâmetros:

[...] o direito penal de um Estado Democrático de Direito deverá submeter à prevenção penal a outra série de limites, em parte decorrentes da tradição liberal do Estado de Direito e, em parte, reforçados pela necessidade de satisfazer ao conteúdo democrático do direito penal (SUXBERGER, 2006, p.168).

A função integradora da Constituição reclama a racionalização da interpretação constitucional, que implica a ideia de apreensão do conteúdo constitucional a cada instante como um todo, buscando unidade e harmonia de sentido. De acordo com Miranda (1996, p.191):

[...] o apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e defini-los na sua inter-relação e intentar, assim chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa.

Neste contexto, é preciso destacar a reflexão estabelecida pela *teoría do garantismo* creditada a Luigi Ferrajoli, em sua obra *Derecho y Razón*, que busca o alcance de uma proposta minimizadora da intervenção penal, através do uso deflacionado dos bens jurídicos penais e das proibições legais, como premissa para sua legitimação.

O referido autor, segundo a orientação de Copetti (2000), esclarece sobre a existência de um Estado real em contraposição a um modelo ideal, alicerçando sua construção teórica acerca do garantismo, exatamente no antagonismo verificado entre o conteúdo normativo do sistema penal, construído sobre base garantista e a sua operacionalidade prática, que se revela extremamente antigarantista.

A partir desta constatação, estabelece um discurso que imerge no enfrentamento a esta dissintonia acentuada através do desrespeito, pelos cidadãos e pelo poder público, dos direitos individuais do infrator, causando uma dicotomia entre os aspectos formais e materiais do sistema jurídico penal.

Em virtude das alterações sociais sofridas de forma profunda no último século, protagonizadas pelo enfrentamento de modelos políticos econômicos que ao final reconheceu como triunfante o pautado no

capitalismo, acentuou-se a desigualdade econômica bem assim a criminalidade dela derivada.

Outros fatores, tais como a difícil visibilidade e identificação dos focos de poder, dos quais emanam as grandes decisões que norteiam o funcionamento de toda a cadeia global, fragilizam o corpo social vulnerabilizando a condição de destinatário da ordem jurídica vigente.

Tem-se assistido a uma espécie de seleção natural quanto à observância da legalidade formal nos fatos concretos, resultando no desprezo àqueles que envolvem a obtenção de direitos sociais e conquistas da cidadania, em detrimento daqueles que retratam conflitos.

Assim, é comum o funcionamento do aparelho estatal com toda a sua força para perseguir e punir o indivíduo, sob o discurso da obediência à legalidade prescrita na organização do Estado. Mas, ao mesmo tempo, revela-se este mesmo Estado permissivo quando o fato social se refere à preservação ou ao atingimento de algum direito social, desprezando a idêntica necessidade de obediência à normatividade proclamada.

Não se trata de discurso abolicionista, mas da constatação de dois tratamentos distintos que devem ser corrigidos. O Estado que se escuda no respeito à legalidade para impor o sistema punitivo ao cidadão, não respeita este mesmo conceito de legalidade para a proteção das garantias e dos direitos individuais.

O empenho utilizado para a preservação dos direitos do cidadão há de ser maior que o destinado a punir, pois reconhecer a necessidade da intervenção penal e sua previsão legal não implica renunciar à crítica quanto aos seus parâmetros de legitimidade e adequação.

O próprio conceito de legalidade reclama uma revisitação em suas bases, tendo em vista que fora forjado no modelo iluminista que determina a obediência a uma seqüência temporal entre fato e ação, ou seja, com base em precedente prescrição formalmente legal.

Esse modelo convencionou a atitude daqueles que, operando o direito, ficam adstritos aos limites propostos pelo legislador que, oriundo político ou socialmente dos setores mais favorecidos da sociedade, impregnam o direito posto de conteúdo ideológico mantenedor do *status quo*.

Limitados a essa estrutura, os operadores do direito (Juízes, Promotores, etc.) são orientados a agirem sem margem de valoração quanto ao sistema jurídico penal, muitas vezes aplicando normas restritivas relativas a comportamentos sociais que não justificam o nível de restrição imposto.

Assim, a denominada legalidade formal regula o funcionamento do sistema penal deixando diminuto espaço à ação daqueles que o legitimam de fato, por vezes creditando àqueles últimos a responsabilidade por uma geografia repressora exacerbada, conforme assevera Copetti:

Esta situação revela um paradoxo: se a não existência de uma lei penal anterior, determinada e precisa, causava problema às relações entre cidadãos e Estado nos primórdios da sociedade moderna, hoje observamos que a existência excessiva e poluidora de lei deste gênero, cujo conteúdo é em grande parcela destinado livremente pelos legisladores, também tem causado serias dificuldades para a realização dos direitos fundamentais (COPETTI, 2000, p. 113).

Vale a observação da necessidade de reflexão acerca do modelo normativo posto atualmente, que reduz a perspectiva de legalidade ao critério de vinculação formal ao texto da lei, o que de pronto nos remete à ideia de distensão do conceito de legalidade para além desta perspectiva, reclamando a consideração de uma visão que inclua aspectos substanciais do fenômeno criminal, além daqueles meramente formais.

No Direito Penal Atual, a regulação das relações entre o Estado e o indivíduo deve observar a noção de equilíbrio que melhor se revela quando a construção do sistema de intervenção punitiva (sistema penal) é erguida sob uma ótica que contemple a *legalidade estrita, substancial ou reserva absoluta da lei penal* (FERRAJOLI, 2005).

Por sua vez, esse sistema demanda uma reação penal (sanção), compatível e harmônica com essa mesma noção de legalidade.

Segundo essa concepção, três pontos primordiais devem ser seguidos: o primeiro diz respeito ao aspecto epistemológico, calcado na ideia de minimização do poder; o segundo ao aspecto político que se assenta na concepção de ampliação ao máximo da liberdade e diminuição ao mínimo da agressão contida na norma; e o terceiro, de caráter também



político, que obriga o Estado a promover e garantir os direitos fundamentais.

No enfrentamento do primeiro aspecto, ou seja, o epistemológico, o autor italiano adverte sobre a necessidade de, no mínimo, dois elementos: o primeiro no âmbito da atividade legislativa e o outro quanto à atividade jurisdicional.

No que diz respeito à atividade legislativa, faz-se mister a observância do *convencionalismo penal* que retrata a fórmula já universalmente conhecida relativa à explicitação do comportamento tido como proibido. Esta explicitação deve conter ao menos dois outros elementos: o primeiro concernente à previsão no texto da lei e o segundo com relação à vinculação do exercício da atividade pelo Estado Juiz, restrito às definições legais que contenham substancialmente limites e referências norteadoras desta atuação, de forma exaustiva e exclusiva (FERRAJOLI, 2005).

Dessa forma, o princípio da legalidade estrita é definido como uma técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrárias e discriminatórias as convenções penais referidas nos textos, diretamente as pessoas e, portanto, com caráter constitutivo antes que regulativo daquilo que deve ser punido, como no passado se viu em relação a bruxas, hereges, judeus, subversivos, etc. (FERRAJOLI, 2005, p. 35).

Em relação ao elemento que diz respeito à atividade jurisdicional, preocupa-se o referido autor, ao expor seu método, com o que denomina de *princípio da estrita jurisdicionalidade*, que, por sua vez, também se desdobra na necessidade da presença de duas condições, quais sejam a *verificabilidade* ou *refutabilidade* das hipóteses acusatórias e a *prova empírica* que demonstre tanto a verificação como a refutação destas mesmas hipóteses.

Toda essa organização sistêmica proposta por Ferrajoli, quanto à ideia de legalidade, busca não esgotar a noção do conceito de tão importante princípio penal na simples compreensão da obediência à reserva legal formal que tão-somente retrate a produção legislativa oriunda do poder competente. Além disto, procura reclamar uma aferição do aspecto conteudístico desta produção legislativa, que se deve limitar aos valores axiológicos determinados pelo paradigma do respeito aos direitos fundamentais.

Na construção da teoria garantista, visando à minimização da ação do poder punitivo do Estado, tanto no âmbito legislativo quanto judicial, propõe Ferrajoli (2005) a observância estrita a princípios, sem os quais não é possível cumprir a missão de aproximar o garantismo abstrato do garantismo real.

Os princípios garantistas, surgem na obra de Ferrajoli referidos em um total de dez, sendo quatro de cunho processual e seis de caráter penal, assim nominados:

- A1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade);
- A2) *Nulla crimen sine lege* (princípio da legalidade lata);
- A3) *Nulla lex poenalis sine necessitate* (princípio da necessidade ou da intervenção mínima);
- A4) *Nulla necessitas sine iniuria* (princípio da lesividade);
- A5) *Nulla iniuria sine actione* (princípio da materialidade);
- A6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade);
- A7) *Nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionalidade);
- A8) *Nullum iudicio sine acusatione* (princípio da separação entre juiz e acusação);
- A9) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio da carga da prova);
- A10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório) (FERRAJOLI, 2005, p. 92).

Dessa forma, para que no Estado moderno seja considerada a observância do princípio basilar da legalidade, não basta a simples referência ao conhecido brocardo jurídico *nulla poena nullum crimen sine lege*, encerrando-se esta compreensão na simples existência da norma formal e anteriormente posta. Desde que se adote um prisma garantista, torna-se imperativa a presença de todos os princípios elencados pela teoria de mesmo nome, o que se revela como princípio da estrita legalidade.

Assim, numa busca pela legitimação da intervenção punitiva do Estado, torna-se necessário aproximar-se a parte normativa formal (lei), que possui grande conteúdo garantista, das práticas operacionais que, por sua vez, distanciam-se de tal norte.

Este caminho perpassa por uma atitude de questionamento quanto a aspectos que envolvem a construção, não só do modelo penal, mas do processual penal. Isto porque, sendo o processo considerado como instrumento através do qual se estabelecem os limites para a ação do Estado no exercício do seu direito punitivo, obviamente que se faz necessária a construção de um processo penal que respeite garantias e direitos fundamentais, sob o escopo de princípios que devem ser extraídos da ordem constitucional vigente, pois como bem observa Sebastião Mello (2004, p. 95) “[...] a unidade de um sistema não é formada em axiomas, mas em princípios, e, por isso mesmo o subsistema penal é principiológico”.

No direito brasileiro, esculpidos na própria Constituição Federal, encontram-se diversos princípios que buscam atender a uma formação garantista do sistema punitivo estatal, tais como:

- a) o princípio da jurisdição;
- b) o princípio do contraditório e da ampla defesa;
- c) o princípio da presunção da inocência;
- d) o princípio do devido processo legal;
- e) o princípio da individualização da pena;
- f) o princípio da legalidade;
- g) o princípio da anterioridade da lei penal;
- h) o princípio do respeito a dignidade da pessoa humana, entre outros.

Consigne-se que tais princípios não serão aqui enfrentados, em estudo individualizado, dada a amplitude do tema, não sendo este o objetivo desta abordagem<sup>1</sup>.

---

1. Para melhor análise do assunto, recomenda-se a leitura das obras: **Os princípios constitucionais penais**, de Luiz Luisi. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003; **valores e princípios constitucionais: exegese no sistema penal sob a égide do Estado Democrático de Direito**, de Alexandre Bizzotto. Goiânia: Editora AB, 2003; **A Constituição Penal** de Luciano Feldens. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; **Direito penal na Constituição**, de Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José Costa Junior. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; entre outras.

Contudo, para que se possa considerar como garantista o processo penal pátrio, nos moldes da teoria construída por Ferrajoli, outros princípios devem ser incorporados ao nosso sistema jurídico, ainda que de forma implícita, em decorrência de um posicionamento através do qual se internalize o senso de efetivo Estado Democrático de Direito ditado pela própria Carta Magna.

Toda essa atuação principiológica deve refletir-se, por óbvio, não somente no âmbito da intervenção penal prescritiva das condutas proibidas, mas, de igual modo, nas sanções estabelecidas para tais proibições.

Nessa esteira, os princípios da retributividade, da necessidade, da proporcionalidade, da materialidade e o da lesividade tornam-se indispensáveis à conformação da teoria garantista<sup>2</sup>.

Percebe-se, sem dúvida, um avanço na construção de uma prática acerca da utilização de tais princípios. Fruto da orientação da doutrina e da jurisprudência, esta atitude sinaliza a criação de um atalho para a efetivação de tais conteúdos.

Porém, a timidez com que estes mesmos segmentos delineiam esta caminhada, encontra maior visibilidade na resistência da atitude cotidiana dos operadores do direito, que, assentados em uma visão normativista dogmática, cedem à ideia de um direito oriundo de regras infraconstitucionais preponderantes em relação a um direito que contemple prioritariamente os princípios que as originam e as legitimam ou não. Como se depreende da lição de Copetti:

Em decorrência desse influxo, a grande maioria dos operadores jurídicos está presa à falácia de que os princípios constitucionais não poderiam servir de parâmetro hermenêutico e de validade substancial sobre as leis penais, por serem demasiadamente genéricos (2000, p. 121).

Isso se revela na ínfima quantidade das atitudes concretas questionadoras da constitucionalidade das leis penais, principalmente quanto à pena.

---

2. Tais princípios são também tratados de forma objetiva na Obra: **Direito penal**. volume 1: introdução e princípios fundamentais / Luiz Flávio Gomes, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Alice Bianchini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Assiste-se, no cenário atual brasileiro, ao desenvolvimento de um processo expansivo do direito penal com a diária produção legislativa calcada sob o fundamento de proteção à coletividade (defesa social) que contraria a correta hermenêutica minimizadora da atuação punitiva estatal.

O cenário apresenta um quadro significativo de agressão, por parte da legislação infraconstitucional, aos preceitos constitucionais. O que permite um sistema político penal excessivo nos seus variados momentos, quer seja na persecução quer na execução penal, principalmente na execução da pena privativa de liberdade, tendo em vista as precárias condições e a estrutura do sistema carcerário.

A presença dos princípios sugeridos pela teoria garantista potencializa a inevitabilidade de conflitos dentro do sistema penal entre a reconhecida materialização das normas infraconstitucionais e os ditames estabelecidos pela ordem constitucional, a exemplo do princípio da necessidade que assume a condição de critério definidor de política criminal, por meio do qual se inibe o surgimento de normas penais desnecessárias e infladas por conteúdo inútil.

Também cumpre ao princípio da necessidade ou economia servir de filtro ao surgimento de normas penais agressoras dos direitos fundamentais, mormente no que se refere às penas propostas.

Outro importante princípio sugerido pela teoria garantista é o da lesividade que, ausente em nosso texto constitucional, constitui porta aberta para o legislador costumeiramente construir normas penais incriminadoras que não refletem efetiva lesão a bem jurídico fundamental, o que só se observa, em nosso sistema, de forma mitigada, em alguns momentos da legislação infraconstitucional, a exemplo do artigo 59 do Código Penal (Consequência do Crime) e na Lei dos Juizados Especiais (artigo 61 da lei 9.099/95), ao construir o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, repaginado pela Lei 11.313/2006.

Extraí-se do conteúdo do princípio da lesividade a noção de que o direito penal deve cuidar tão-somente da prevenção de atitudes que onerem gravemente os bens fundamentais de um corpo social. Só assim, pode ser admitida a via draconiana da intervenção punitiva, ante sua essência violenta, tolerando-se sua ação no mínimo possível.

Essa tolerância mínima implica a permissão da imposição e execução de penas também mínimas quanto a sua capacidade de agredir os direitos individuais do infrator.

Nos casos de infrações penais de menor e médio potencial ofensivo, essa ideologia se revela presente por meio de uma política penológica que utilize sanções de caráter pedagógico e focadas na reafirmação dos valores sociais do infrator, identificadas, portanto, com uma metodologia distinta da do encarceramento.

Desde o século XVIII, a compreensão da necessidade da presença dos princípios da economia e da lesividade na produção legislativa penal, faz-se presente:

[...] se proibem aos cidadãos uma porção de atos indiferentes, não tendo tais atos nada de nocivo, não se previnem os crimes: ao contrário, faz-se que surjam novos... [...] Ora, quanto mais se estender as esferas dos crimes, tanto mais se fará que sejam cometidos, porque se verão os delitos multiplicar-se à medida que os motivos dos delitos especificados pelas leis forem mais numerosos, sobretudo se a maioria dessas leis não passar de privilégios, isto é, para um pequeno número de senhores (BECCARIA, 2003, p. 92).

O princípio da lesividade, portanto, trabalha com o enfrentamento de questões relativas à essência da natureza danosa do resultado advindo da conduta do infrator, só admitindo a intervenção penal quando existem lesões concretas, cumprindo, assim, tarefa ímpar na defesa de uma intervenção penal que busca ser legítima e adequada.

Portanto, a ação direta desse princípio se dá na tentativa de regular a formação conteudística da norma penal produzida pelo Estado legislador. Em outras palavras, preocupa-se o princípio da lesividade em examinar a essência da norma que necessariamente deve ser construída de modo a não conter elementos que ofendam os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, assim reconhecidos na ordem constitucional vigente.

A concepção da ação desse princípio se projeta em dois níveis, a saber: o primeiro, focado na atividade legislativa, para condicioná-la à produção de normas penais incriminadoras circunscritas à efetiva afetação dos bens jurídicos fundamentais, sendo o segundo, voltado para a

atividade judicante, a fim de orientá-la no sentido da aferição da efetiva lesão de um bem juridicamente relevante no fato posto sob exame.

Dessa forma, o princípio da lesividade age no binômio: controle de conteúdo e de destinação da norma penal.

Vale ressaltar que integra o conteúdo da norma penal o seu aspecto sancionatório, que sobretudo reclama parâmetros adequados para regular a extensão de sua necessidade, o que implica dizer que a pena deve ser a mais apropriada e proporcional possível para cada infração.

Nas infrações de menor e médio potencial ofensivo, as alternativas penais à prisão se afiguram como cumpridoras deste intento.

Reafirme-se que a lacuna no sistema jurídico penal brasileiro quanto aos princípios da necessidade e lesividade, fundamentais à doutrina garantista de Ferrajoli, flexibiliza a ação tanto do Legislativo na produção de normas em desacordo com a tendência do direito penal moderno no Estado Democrático de Direito, como do Judiciário, na efetivação de punições com a imposição e execução de penas, por infrações desprovidas de caráter danoso suficiente para merecer a atenção do poder punitivo do Estado.

Todavia, a par da constatação da infeliz ausência mencionada no que se refere à legislação expressa, não se deve agir com sentimento de impotência quanto ao tema, o que, infelizmente, se tem percebido na atitude de boa parte dos operadores do direito, que se apegam a uma atuação demasiadamente jus positivista dogmática.

Embora essa corrente acabe por entender como moldura constitucional para o surgimento, aplicação e execução das normas penais apenas o que reflete os princípios expressos no texto da Carta Magna, tais como reserva legal, intranscendência, individualização da pena e anterioridade, etc., o fato é que, na prática, de algum modo, ainda que tímido, já se encontra permeando a atividade jurisdicional a incidência do conteúdo proposto pelos citados princípios da necessidade e da lesividade.

Isso se depreende da operatividade do sistema quando da análise de alguns casos concretos pelo Judiciário, ao perceber o desacordo ou divórcio entre a tipicidade da conduta e a efetiva ofensa ao bem jurídico

tutelado. Reside, portanto, na atuação do Judiciário, o maior *locus* para a efetivação de tais princípios.

É preciso que se diga que a concepção de existência válida e legítima de uma norma penal incriminadora, baseada tão-somente na precedência de sua previsão como tal no texto formal da lei, não deve bastar como conceito pleno para sua intervenção real, na tentativa da regulação dos conflitos sociais.

Agir assim é reconhecer vinculação a uma ideia distante da verdadeira missão resguardada ao direito penal no Estado Democrático de Direito, uma vez que tal atitude isenta o sistema jurídico penal, tanto no momento da concepção da norma (momento legislativo), quanto na aplicação e execução (momento judicial) da impositiva verificação de adequação entre o seu conteúdo e o disposto na ordem constitucional vigente, mormente quanto ao respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Essa reflexão ganha tônica mais específica quando focada nas infrações consideradas de menor e médio potencial ofensivo, haja vista que, tanto no momento legislativo quanto no momento judicial, a utilização de ferramentas inadequadas de intervenção penal compromete a sua eficácia, pois se apoia em uma concepção de legalidade formal e em uma orientação valorativa estéril.

A ideia da previsão da pena privativa de liberdade como regra ultrapassa, para estas infrações, os limites da necessidade e suficiência punitiva, fragmentando suas finalidades, comprometendo seus aspectos retributivos e preventivos.

Dessa forma, redimensionar o funcionamento e a operacionalidade do sistema penal pátrio, para ajustá-lo aos ditames do direito penal contemporâneo em um Estado Democrático de Direito, reclama não necessariamente a explicitação no texto constitucional da totalidade dos princípios garantistas da teoria de Ferrajoli, o que não se revela despiciendo, reclama, sim, a incorporação do espírito que habita tais princípios na atitude concreta do legislador e principalmente dos operadores do direito, em especial o Judiciário, priorizando uma análise conteudística em detrimento de uma análise formalística da norma penal.



Embora, como registrado, não se pretenda o estudo individualizado quanto aos princípios constitucionais com reflexos no direito penal, a abordagem em relação ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana é tarefa da qual não se pode arredar.

De início, é preciso destacar a indissociável ligação existente entre a ideia de direitos fundamentais e a noção da dignidade da pessoa humana, tema este que já ocupa as bases do direito constitucional atual, conforme acentua Sarlet (2004).

A marca indelével do aspecto fundamental de que é dotado o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, assenta-se na dicção do artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, dispondo: “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

Sendo esse conceito tão amplo a ponto de ser conferido sem qualquer reserva a todos os seres humanos, independentemente de quaisquer condições em que possam se encontrar, como acertadamente ensina Dworkin, citado por Sarlet (2004, p. 49): “[...] a dignidade possui tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e ambas encontram-se conectadas, e mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la considerada respeitada”.

Na lição de Rizzatto Nunes (2002, p. 46): “[...] a dignidade humana é um valor preenchido ‘*a priori*’, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa”.

Estampa a Constituição Brasileira, em seu artigo 1º, III, o respeito à dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e epicentro a irradiar toda a construção do sistema normativo do Estado, constituindo-se a dignidade humana em “[...] um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 1999, p. 109).

Significa dizer que a existência humana é o sentido de qualquer organização e, por lógica, se inclui a organização do mundo do direito, via normatização. Isto quer dizer que a existência da norma e do direito

vincula-se ao respeito ao homem, sem o qual se deslegitima, pois como afirma Robert Alexy (2007, p. 47):

O direito do homem ao direito positivo não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, mas a um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é justamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo. A observância dos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo.

Na expressão de Alexandre Bizzotto (2003, p. 25), exsurge o sentido da blindagem que a condição humana confere quando ressalta: “Nossa normatização, de forma plena, deve se revestir de um campo de força contra os ataques aos valores humanos”. Diz, ainda, que a dignidade da pessoa humana na Constituição Brasileira está expressa com tal intensidade que “[...] transcende a categoria de princípio para alçar o patamar de valor constitucional”.

Quando a análise do conteúdo da expressão “dignidade humana” é feita pelo direito penal, em um primeiro momento vincula-se à definição dos tipos penais, devendo estes atender a uma “[...] função instrumental ao homem na convivência em sociedade” (BIZZOTTO, 2003, p. 140).

Desse modo, só se justifica a construção de um tipo penal que busque a proteção de bens tidos como necessários a garantir a dignidade humana, que devem ser extraídos dos ideais constitucionalmente consagrados.

Todo tipo penal que não se revista desta finalidade revela-se, então, impróprio a produzir seus legais efeitos por se encontrarem em “[...] desvio constitucional [por traduzirem] um conteúdo constitucional oco” (BIZZOTTO, 2003, p. 140).

É o que, lamentavelmente, se tem percebido na formulação inflacionária dos atuais tipos penais na legislação brasileira, representando, no dizer de Auxiliadora Minahim (2005, p. 49):

[...] uma expansão das leis simbólicas, com o recurso abusivo à criminalização de condutas de perigo abstrato, às normas penais em branco e à criação de bens jurídicos destituídos de substancialidade.

Tal constatação implica reconhecer que a edificação de tipos por meio dessa engenharia, acaba por comprometer o respeito à dignidade daqueles que são alvo de um direito penal calcado em tais construções tipológicas.

No âmbito da pena, este valor-princípio tem importância singular, haja vista que a história da humanidade é marcada pela atuação de um sistema punitivo que, corriqueiramente, ignora o respeito à dignidade da pessoa humana.

Desde os primórdios, com as penas horrendas, até a atualidade quando a privação da liberdade ocupa largo espaço como medida sancionatória, observa-se a constante ameaça e lesão ao homem em sua dignidade, no exercício do poder punitivo.

Estabelece a Constituição Federal Brasileira outro princípio em seu artigo 5º, XLIX, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, mandamento que não se ultima na prática cotidiana, haja vista os alarmantes índices de agressões e óbitos ocorridos dentro do sistema carcerário brasileiro<sup>3</sup>.

A ideologia contida em uma política criminal que trabalha a resposta à violência com violência, prescinde do cuidado necessário à observação do respeito à dignidade do infrator, posto que a pena não se pauta em castigo irracional, este envolvido num labirinto emotivo, cuja única saída é a vingança do mal pelo mal.

A amplitude conferida pelo constituinte ao valor dignidade humana contempla todo e qualquer ser humano, o que, por óbvio, inclui o infrator, sendo descabida a sanção que desrespeite os limites traçados por este princípio e ilegítima qualquer restrição que o viole.

Vale dizer que, para ser considerada legítima, a sanção penal deve manter-se dentro dos parâmetros impostos pelo conteúdo valorativo intrínseco aos princípios constitucionais, de tal sorte que, em nenhuma hipótese, viole o valor-princípio dignidade humana, ainda que se apresente, esta sanção, formalmente revestida de caráter de legalidade.

---

3. Segundo dados do Projeto do Sistema Único de Segurança Pública do Governo Federal (SUSP), somente em 2003, ocorreram 303 mortes violentas no interior do sistema carcerário brasileiro.

Tal situação é explicada porque a dignidade é compreendida como um valor

[...] integrante e irrenunciável da própria condição humana”, portanto, o seu respeito, promoção e proteção, reconhece a ideia de que ela não pode “[...] ser criada, concedida ou retirada, já que ela existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente (RIBEIRO LEMOS, 2007, p. 24).

Assim, é respaldado no valor dignidade da pessoa humana que qualquer ser humano pode exigir a proteção, a consideração e o respeito, tanto da comunidade, quanto, principalmente, do Estado, ao qual, em última análise, compete garantir e assegurar os direitos fundamentais do cidadão.

Contudo, ainda que não se possa imaginar quaisquer dúvidas a respeito da magnitude, robustez e coesão da noção desse valor, a força da realidade se impõe trazendo um quadro distante daquele pretendido pelo constituinte.

Em particular, percebe-se que o respeito a esse valor fundante no tratamento para com os infratores penais, para além da relativização, alcança as raias da violação.

Pontua-se, no direito penal atual, a doutrina denominada “direito penal do inimigo”, capitaneada pelo alemão Günter Jakobs (1985/1999-2000) que advoga a noção de dois direitos, sendo um destinado ao delinquente casuístico, não rotineiro, de pequeno dano ao corpo social, portanto considerado como integrante deste mesmo corpo; e, ao revés, uma outra espécie de direito reservado ao indivíduo considerado como macro criminoso, ou seja, o perverso, praticante do terror, do crime organizado, etc., que, por sua vez, não deve ser considerado como cidadão, merecendo o rótulo de “inimigo”.

Para este “inimigo”, permitir-se-á a flexibilização ou minimização das garantias próprias à condição de cidadão, que possibilitam a ação do poder de punir do Estado com intensidade, tendo em vista a não consideração do “inimigo” como *pessoa*.

Em que pesem tais considerações, felizmente, é forçoso referir que o sistema constitucional brasileiro é construído de tal sorte a não

possibilitar, ainda que sob o aspecto formal, a adoção de tais conceitos ou práticas, conforme se verifica na lição de Dirley da Cunha Júnior (2007, p. 28):

Enfim, todas as normas jurídicas caracterizam-se por serem imperativas. Todavia, na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua supremacia em face às demais normas do sistema jurídico.

Assim, cabe ao Judiciário, em última instância, velar pela coesão dos valores contidos na norma constitucional, evitando que distorções possam ocorrer no funcionamento do sistema punitivo, a ponto de comprometer um dos pilares de maior sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, que é a preservação da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, o direito penal moderno, protetor do cidadão contra a intervenção arbitrária, via exercício excessivo do poder de punir do próprio Estado, tem no Judiciário a função indeclinável de defesa do valor-princípio da dignidade humana.

Isso posto, extrai-se que o poder punitivo do Estado não encontra força suficiente para uma colisão de interesses com os direitos e garantias individuais, em um Estado Democrático de Direito erigido sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal).

Assim, entende-se que o conflito existente entre *o poder de punir do Estado*, e *o respeito à dignidade da pessoa humana* é de visível solução, qual seja, a ditada pela própria constituição em sua organização sistêmica.

Registre-se que a ideia de segurança pública, coletiva, cidadã ou urbana, ainda que travestida de *defesa social*, não tem conotação de importância suficiente para impor-se sobre a intransigente e imperativa proteção aos direitos fundamentais e garantias individuais do cidadão, lastreadas no respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, o poder de punir do Estado, para ser considerado como legítimo, deve limitar-se a intervenções que não violem a ordem constitucional vigente o que só ocorre quando propõe regramentos que observem a preservação e o respeito à dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ANCEL, Marc. **A nova defesa social**: um movimento de política criminal humanista. Tradução de Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BECCARIA, César. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Edipro, 2003.
- BERNARDES, Helton Fonseca. **Estratégias punitivas e legitimação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Juizados especiais criminais federais**: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Novas penas alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BIZZOTTO, Alexandre. **Valores e princípios constitucionais**: exegese no sistema penal sob a égide do Estado Democrático de Direito. Goiânia: AB, 2003.
- BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Processo penal garantista**: visão constitucional e novas tendências. 2. ed. Goiânia: AB, 2003.
- BRASIL, **Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL, Ministério da Justiça. **Regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil**. Brasília: Imprensa Nacional, 1995.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Diretrizes básicas de política criminal e penitenciária**. Brasília: Imprensa Nacional, 2000.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas. **Manual de monitoramento das penas e medidas alternativas**. Brasília: Panfler Gráfica, 2002.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). **Relatório de atividade**: implantação do sistema único de segurança pública. 2003-2005. Brasília, 2005.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). **Funpen em números**. Brasília, 2005.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Penas alternativas valem a pena? – Relatório final de pesquisa**, Brasília: SEAU do TJDF, 2001.

- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Sistema Prisional Brasileiro tem Déficit de 110 mil Vagas*. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/resenha/0405/040517.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2008.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. *Trabalho do TJMT Muda Rotina nos Presídios*. 2007. Disponível em: <[http://www.tj.mt.gov.br/retro07/docs/Trabalho%20do%20TJMT%20muda%20rotina%20nos%20pres%-C3%ADdios\\_15.doc](http://www.tj.mt.gov.br/retro07/docs/Trabalho%20do%20TJMT%20muda%20rotina%20nos%20pres%-C3%ADdios_15.doc)>. Acesso em: 15 fev. 2008.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COPETTI, André. **Direito penal e Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- COSTA, Taison Pires. **A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Fiusa, 2004.
- COSTA Jr., Paulo José da. **Comentários ao código penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- CUNHA Jr., Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: análise detida das Leis 9.868/99 e 9.882/99. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2000.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razon**. 7. ed. Madrid: Trota, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 19. ed. São Paulo: Vozes, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Carcía-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito penal inimigo**: noções e críticas. 2. ed. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LASKI, Harold Joseph. **Introdução à política**. Tradução de Marcelle Soares Brandão. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

- LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. **A dignidade humana e as prisões capixabas**. Vitória: Univila, 2007.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Um discurso sedicioso: a minimização do direito penal. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, ano 1, n. 2, 1996.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963 (Biblioteca "Clássicos da Democracia").
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito penal sistemas, códigos e microssistemas**. Curitiba: Juruá, 2004.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MONTESQUIEU, Charles de SecondatBaron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v. 1. (Coleção ClássicosGarnier).
- MORAES, Alexandre de, **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato, **Manual da monografia jurídica**. São Paulo; Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. ver. atual. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Legitimidade da intervenção penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris



## Capítulo VI

# A imagem do acusado, a presunção de inocência e a liberdade de informação: uma ponderação necessária de direitos fundamentais no processo penal brasileiro

*Ricardo Maurício Freire Soares\**

*e Maiana Guimarães\*\**

**RESUMO:** O presente artigo trata do direito de imagem enquanto direito fundamental, bem como da sua ampla tutela no ordenamento jurídico pátrio e alienígena. Apresenta ainda os limites à sua aplicação, especialmente, quando se contrapõe ao direito fundamental de liberdade de informação, trazendo o interesse público como principal critério e o princípio da necessidade como fundamento a serem utilizados na ponderação entre os referidos direitos no caso concreto. Finalmente, aborda a incidência da proteção do direito de imagem na vida do acusado em determinado processo criminal e, conseqüentemente, das suas limitações.

**PALAVRAS CHAVES:** direito de Imagem; direito à informação; acusado; ponderação; limite;

**ABSTRACT:** This paper is about the right of image as a fundamental right and its broad protection in paternal and alien law. Therefore sets the limits to its application, especially when contrasted with the

---

(\*) Ricardo Maurício Freire Soares é Pós-Doutor em Direito Constitucional Comparado pela Università degli Studi di Roma La Sapienza e pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor e Coordenador do Núcleo de Estudos Fundamentais da Faculdade Baiana de Direito. Palestrante e Autor de diversas obras jurídicas. Advogado. E-mail: ric.mauricio@ig.com.br.

(\*\*) Maiana Guimarães é Bacharela em Direito pela Faculdade Baiana de Direito. E-mail: mai\_guimaraes@hotmail.com

fundamental right of information, bringing the public interest as the main criterion and the principle of necessity as a basis to be used in weighing those rights in this case. Finally, comes the applicability of the protection of image rights in the life of the person accused in a criminal proceedings and their limitations.

**KEY WORDS:** right of image, right of information, ponderation, limits, indicttee.

**SUMÁRIO:** 1.Introdução; 2. Direito de imagem; 2.1. Direito de imagem: sentido e alcance; 2.2. Tutela jurídica do direito de imagem e seus desdobramentos; 2.3. Limites ao Direito de imagem; 3. Liberdade de informação; 3.1. Evolução do direito de liberdade de informação no Brasil; 3.2. Conceito e amplitude da Liberdade de informação; 3.3. Limites à liberdade de informação; 4. Direito de imagem do acusado; 4.1. O conflito entre o direito de imagem do acusado e o direito à liberdade de informação; 4.2. O Princípio da presunção de inocência ou da não Culpabilidade; 4.3. O Princípio da Presunção de Inocência como critério de ponderação e o princípio da Necessidade como fundamento constitucional à proteção da imagem; 4.4. Limites à proteção da imagem do acusado; 5. Considerações finais. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar a o alcance jurídico da proteção da dignidade do acusado, tendo em vista os limites estabelecidos ao direito fundamental de imagem e aos seus desdobramentos, quando confrontados com o direito fundamental à informação. Questiona-se, pois, no decorrer do presente trabalho, até que ponto o interesse público pode relativizar o exercício dos direitos individuais do acusado.

Com esse objetivo, far-se-á um estudo sobre o direito de imagem em sentido amplo, enquanto direito fundamental, individual e sobre sua eficácia na atualidade. Para tanto, será apresentado o seu conceito e caracteres, bem como a sua tutela em âmbito nacional e internacional, destacando-se, nesse contexto, o ônus da suportabilidade e o interesse público.

Em seguida, tratar-se-á do direito à informação como um dos direitos que mitigam a aplicação absoluta do direito de imagem. Assim, será feito um esforço histórico deste direito nas Constituições brasileiras, sendo, posteriormente, apresentado o seu conceito, tutela jurídica e limites.

Estabelecidos os conceitos e explicitadas as aplicações e limitações dos supracitados direitos, será feita uma análise da extensão do direito

de imagem na vida do acusado, apontando-se o princípio da proporcionalidade como parâmetro para a ponderação entre o direito à proteção da imagem do acusado e o interesse público, além do princípio da necessidade como fundamento norteador desta ponderação.

Finalmente, tecer-se-ão considerações finais, nas quais serão expostos os resultados do presente estudo.

## 2. DIREITO DE IMAGEM

### 2.1. Direito de imagem: sentido e alcance

O Direito de imagem é um direito extremamente amplo, dotado de diversas facetas, que tem ganhado extrema relevância nas últimas duas décadas. Trata-se, pois, de um direito fundamental respaldado pela Constituição Federal de 1988 e em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Para compreendê-lo, entretanto, faz-se necessário enquadrá-lo no ordenamento jurídico pátrio, conhecendo o seu processo de evolução e buscando encontrar quais as hipóteses em que a sua incidência pode ser mitigada.

Entende-se como direito individual todo aquele direito que tem como objetivo preservar e proteger o homem em sua individualidade, tornando possível o exercício da sua autonomia e liberdade.

Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que os direitos individuais são os direitos fundamentais do homem-indivíduo, que possuem a capacidade de reconhecer e assegurar a autonomia aos particulares e, também, a independência e iniciativa aos indivíduos perante os demais membros da sociedade política e do próprio Estado<sup>1</sup>.

No mesmo diapasão, Guilherme Peña De Moraes sustenta que os direitos individuais são próprios do homem-indivíduo, porque são titularizados e exercidos por pessoas individualmente consideradas, com delimitação de uma esfera pessoal<sup>2</sup>.

- 
1. DA SILVA, José Afonso, **Curso de direito constitucional positivo**, 35<sup>o</sup> ed, rev. r atual., SP: MALHEIROS LTDA, p. 191.
  2. DE MORAES, Guilherme Peña, **Curso de direito constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Desse modo, faz-se necessário salientar que os direitos individuais ganharam destaque na Revolução Francesa, movimento liberal que, ao defender os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade, engendrou os direitos civis e políticos, os quais, segundo a clássica classificação de Norberto Bobbio, constituem os direitos de primeira geração.<sup>3-4-5</sup>

Diante desse contexto, o Constitucionalismo liberal ganhou forma, por meio da Constituição escrita, passando a se desenvolver em prol da melhoria da condição de vida dos cidadãos.

Pautado nesse objetivo, também, após a Segunda Grande Guerra mundial, sob a influência das obras de Schmitt, Smend e seus discípulos, que tornavam patente a necessidade de abordar o condicionamento cultural e a fundamentação axiológica da Teoria da Constituição, a fim de demonstrar a íntima conexão entre cultura, valores e direito constitucional<sup>6</sup>, surgiu o neoconstitucionalismo.

Por neoconstitucionalismo – também conhecido como “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” – entende-se o novo modelo jurídico-político que representa o Estado Constitucional de Direito no mundo contemporâneo<sup>7</sup>, conferindo à Constituição máxima efetividade, trazendo a ideia dos princípios fundamentais e da aproximação, efetividade e aplicabilidade do Direito à sociedade.

- 
3. BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 2004, p.708-712.
  4. Explica Manoel Jorge e Silva Neto que há ainda os direitos de segunda geração – direitos sociais-; os de terceira – direitos de interesses difusos-; e os da quarta: direitos das minorias-. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**, 8ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 672.
  5. Sobre a expressão “geração”, esclarece-se que há autores, como André Ramos Tavares e André Purcicelli Júnior, que optam por utilizar a expressão “dimensão”, justificando que a primeira traz a dedução de substituição de uma geração por outra. Cf. TAVARES, André Ramos, **Curso de Direito Constitucional**, 2.ed. ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p.368. Em sentido oposto pensa Manoel Jorge e Silva Neto ao defender que não há que se falar em substituição ou colisão de uma geração de direitos Fundamentais por outra, uma vez que não há “conflito de gerações” entre eles. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**, 8ed.São Paulo: Saraiva, 2013, p. 672.
  6. SOARES, Ricardo Maurício Freire, Neoconstitucionalismo e dignidade da pessoa humana: um binômio indissociável. Disponível em: [http://www.uesc.br/editora/sumario14/direito\\_constitucional\\_contemp.pdf](http://www.uesc.br/editora/sumario14/direito_constitucional_contemp.pdf), acessado em: 20.07.2015.
  7. *Ibidem*

Consequentemente, passou a haver o reconhecimento dos princípios, segundo Robert Alexy, como mandados de otimização que devem ser cumpridos com máxima efetividade, respeitando as condições fáticas e jurídicas<sup>8</sup>.

A seu turno, Bobbio assinala que tal adequação é o caminho para a efetividade do direito, salientando que sempre poderá surgir um novo direito Fundamental, uma vez que o seu objetivo é assegurar o bem estar da coletividade. Tanto é assim que o que é fundamental para determinado grupo social pode passar a ter relevância, para outro, anos mais tarde ou, simplesmente, não passar a ter jamais<sup>9</sup>.

Nesse sentido, acompanhando as evoluções tecnológicas, surgiu o direito de imagem, integrando o rol dos direitos fundamentais e individuais de primeira geração/dimensão, para preservar e proteger a individualidade do sujeito e, também, a sua intimidade.

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto, ao mesmo tempo em que o desenvolvimento da tecnologia trouxe inúmeros benefícios à civilização, acarretou também excessos que resultaram na restrição à liberdade e à dignidade das pessoas, de modo que tal processo repercutiu, também, na questão da imagem<sup>10</sup>.

De outro lado, Regina Ferretto D´Azevedo defende a ideia de que a proteção da imagem passou a ser preocupação dos juristas quando, por conta dos avanços tecnológicos e da própria globalização, a captação das imagens passou a existir de forma mais fácil, sem o consentimento do retratado<sup>11</sup>.

Com o passar do tempo, as necessidades sociais foram se ampliando, o que repercutiu no surgimento de novas gerações/dimensões de direitos fundamentais, quais sejam, a primeira, que consagrou os direitos

---

8. ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios constitucionais**, 2008. p. 204.

9. BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 19.

10. SILVA NETO Manoel Jorge e, **Curso de Direito Constitucional** rev. e atual. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.654.

11. D´AZEVEDO, Regina Ferretto, Direito a Imagem, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2306/direito-a-imagem>, acessado em 10.04.2013

civis e políticos; a segunda, que trazia a proteção dos direitos sócias básicos; a terceira, referente aos direitos coletivos ou difusos; e a quarta, que englobou os novos direitos<sup>12</sup>.

Sabendo-se, então, que o surgimento das novas gerações/dimensões dos direitos fundamentais se pautam na evolução histórico-social e, conseqüentemente, nas alterações infinitas e inesgotáveis da tutela de uma vida digna, é possível dizer que o direito de imagem passou a ser também um novo direito fundamental, porquanto a

Por opção metodológica, o presente trabalho tratará do direito de imagem em sua dimensão individual.

## 2.2. Tutela jurídica do direito de imagem e seus desdobramentos

O direito de imagem é um direito fundamental resguardado pela Constituição Federal, pelo Código Civil Brasileiro de 2002 e, também, pelas ordens jurídicas de diversos países.

Nesse sentido, esclarece-se que a Constituição Federal Brasileira regula o direito de imagem em seu art. 5º, V, X e XXVIII.

A análise dos supracitados incisos evidencia que o direito de imagem é uma espécie de direito que agrega duas subespécies, quais sejam:

- a) o direito de imagem ou imagem objetiva; e
- b) o direito à imagem ou imagem subjetiva.

Acerca do tema, elucida Léo Van Holthe que o direito de imagem objetiva relaciona-se à produção gráfica da pessoa física (fotografia, filmagem, caricatura, dentre outros), ao passo que a concepção subjetiva

---

12. Nesse sentido, cf. TAVARES, Ramos André, **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed ver e ampl – São Paulo: Saraiva 2003. Manoel Jorge e Silva Neto adota as acepções “direito de imagem” e “direito à imagem”, cf: SILVA NETO, Manoel Jorge e, **Curso de Direito Constitucional** rev. e atual. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.656, já Léo Van Holthe, adota os termos “imagem objetiva” e “imagem subjetiva”. Cf: HOLTHER, Léo Van, **Direito Constitucional**, 4º ed, rev, amp. e atal. até aEC 56/2007, 2008, Salvador: Jus PODIVM, p.289., mas ressalte-se que a diferença está, apenas, na nomenclatura, pois o conteúdo é indistintamente o mesmo.

se refere aos atributos que são conferidos a um indivíduo e reconhecidos por seu grupo social.<sup>13</sup>

Mesmo tratando-se de um direito disponível – todo aquele direito sobre o qual o titular pode dispor, abrir mão, ou comercializar-, o direito a imagem é também um direito inviolável – aquele que não pode ser violado ou devassado por terceiros.

Nesse sentido, Regina Ferretto D’Azevedo ensina que o direito à própria imagem possui, como grande característica, a faculdade conferida ao seu titular de dispor ou não da própria imagem, para que outros a utilizem para diversos fins. Entretanto, reafirma a autora tratar-se de um direito inalienável e intransmissível, posto que indissociável do seu titular<sup>14</sup>.

### 2.3. Limites ao Direito de imagem

Inobstante o direito de imagem seja um direito individual indisponível, como todo e qualquer outro direito, não possui caráter absoluto, razão pela qual podem ser indicadas duas limitações significativas, quais sejam:

- 1) ônus da suportabilidade dos indivíduos terem suas imagens expostas nos veículos sociais; e
- 2) informação com claro interesse público.

Entende-se por ônus da suportabilidade, segundo a acepção de Josef Kohler, a obrigação vinculada àqueles indivíduos que, de um outro modo, ganham destaque social, tornando-se alvo de curiosidade e interesse dos demais<sup>15</sup>.

Sem dúvidas, as pessoas famosas têm a esfera de seu direito de imagem e, inclusive de sua privacidade, um tanto mais reduzida, a partir do momento em que se tornam pessoas públicas.

---

13. HOLTHE, Léo Van, **Direito Constitucional**, 4º ed, rev. e atal. até aEC 56/2007, 2008, Salavador: Jus PODIVM,p.289

14. D’AZEVEDO, Regina Ferretto: Direito à imagem, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2306/direito-a-imagem>, acessado em: 25.02.2013

15. MORAES WALTER, Direito à própria imagem, em **Revista dos Tribunais** nº 443, são Paulo, s/d, p.76, apud Josef Kohler

Nesse sentido, afirma Savatier que “*o homem público entreabre para os seus contemporâneos as portas da sua intimidade*”<sup>16</sup>.

A seu turno, por informação de claro interesse público, entende-se aqueles conteúdos que ultrapassam o rol da curiosidade, sendo fundamentais para a segurança ou para a preservação do interesse da sociedade.

Saliente-se que o interesse público, segundo Shyrley Souza da Silva, é reconhecido como um *topoi* – conceito indeterminado – que deve ser analisado pelo judiciário em cada caso concreto<sup>17</sup>. Nesses casos, caberá ao juiz, dotado de discricionariedade, julgar se tratar de situação a qual é cabível a restrição ao direito de imagem em prol do interesse coletivo<sup>18</sup>.

Diante do exposto, percebe-se que o direito de imagem está completamente conectado com o direito à liberdade de informação, havendo uma relação dialética entre eles que, em determinadas situações se manifestam de forma harmônica e, em outras, de forma conflituosa.

### 3. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

#### 3.1. Evolução do direito de liberdade de informação no Brasil

A Constituição de 1824, embora outorgada, trazia em seu título 8º, art. 179, proteção expressa ao direito de informação, limitando-o, somente, quanto a possíveis abusos para com os demais direitos<sup>19</sup>. Percebe-se, então, que embora a liberdade de informação não fosse absoluta, tratava-se de direito claramente explicitado.<sup>20</sup>

- 
16. Luiz Roberto David Araújo, **A proteção constitucional da própria imagem**, Belo horizonte: Del Rey, 1996, p. 61.
  17. SILVA, Shyrley Souza da: **O interesse público na jurisprudência do STJ**: uma abordagem sobre a fixação de conteúdos normativos pelo raciocínio judiciário, disponível em: [http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/shirley\\_souza2009.pdf](http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/shirley_souza2009.pdf), visualizado em: 07.03.2013
  18. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.
  19. Cf. Carta Magna do Império, título 8º, art. 179
  20. MATHIAS, Hugo Carvalho, A liberdade de informação da imprensa, disponível: <http://jus.com.br/revista/texto/14522/a-liberdade-de-informacao-da-imprensa/1>, acessado em: 21.03.2013



Por sua vez, a Carta Constitucional de 1891, sendo a primeira Constituição promulgada do País, em seu título VI, seção II, § 12, manteve quase que integralmente o texto da Constituição do império, acrescentando, somente, a vedação ao anonimato<sup>21</sup>. Sobre a referida vedação, é evidente que o seu objetivo era o de impor a responsabilidade àquele que veiculasse cada informação, explicitando a tênue relação entre direito e responsabilidade.

A seu turno, a Lei maior de 1934, apesar de ter sido promulgada em um período em que a democracia estava sofrendo sérias limitações, não deixou de proteger a liberdade de informação, mas passou a censurá-la quanto a espetáculos e diversões públicas, mantendo também a vedação ao anonimato, assegurando ainda, pela primeira vez, o direito de resposta<sup>22</sup>.

De outro lado, a Carta Magna de 1937 suprimiu a liberdade de informação. Este, registre-se, foi um dos reflexos da crise democrática enfrentada pelo país no período da Era Vargas e da ascensão da ditadura.<sup>23</sup>

Com a promulgação da Constituição de 1946, a democracia explícita a sua força novamente sobre o país e a liberdade de informação voltou a ser prevista no art.141, do capítulo I “Dos Direitos e das Garantias Fundamentais”, que assegurava a livre manifestação do pensamento, sem censura prévia, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, sendo cada um responsável pelos abusos que cometer.

Por sua vez, a Carta Constitucional de 1967, em relação à liberdade de informação, manteve o disposto na anterior. Sucede, entretanto, que o contexto social contrariava o texto Constitucional, uma vez que a ditadura suprimiu todos os meios de comunicação e liberdade de expressão existentes no país<sup>24</sup>.

---

21. Cf. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, Título VI, Seção II, §12

22. Cf. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL de 1934, Capítulo II, nº9 do art. 113

23. Cf. “Dos Direitos e Garantias individuais”, art. 15º, CF/ 1937.

24. Cf, CF 1967.

Cabe salientar, inclusive, que a Lei de Imprensa (lei nº 5250/67) chegou a ser aprovada no Congresso Nacional, mas não teve qualquer efetividade, o que é de fácil dedução, tendo em vista que o país estava sendo submetido aos Atos Institucionais que fulminavam os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Finalmente, a atual Constituição de 1988 buscou adequar a liberdade de informação à preservação de outros direitos fundamentais, respeitando o direito à imagem, à honra, à vida privada e à intimidade.

Para tanto, registre-se que, em 2009, o Supremo Tribunal Federal, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 130), manifestou-se pela inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, sob o fundamento de que os seus dispositivos já não possuíam efetividade na atualidade, precisando de esforço para adequá-los aos princípios e ideais constitucionais<sup>25</sup>.

Desse modo, é evidente que o direito à liberdade de informação sofreu evolução histórica, sendo hoje resguardado e elevado ao *status* de direito fundamental, ao qual, como se sabe, deve ser dada a maior efetividade possível, diante do caso concreto.

### **3.2. Conceito e amplitude da Liberdade de informação**

Inicialmente, registre-se que o direito de informação é direito individual dotado de grande amplitude, com um caráter tripartite, pois possui três dimensões, quais sejam, o direito de informar, de informar-se e de ser informado<sup>26</sup>.

Nesta linha, Vidal Serrano Nunes Júnior assegura que o direito de informar consiste na veiculação de informações ou no direito a meios para transmitir informações; o direito de informar-se é a possibilidade conferida ao indivíduo de buscar as informações desejadas sem qualquer espécie de obstrução. E, finalmente, o direito de ser informado

---

25. Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402&caixaBusca=N>, disponível em 21.04.2015

26. SILVA NETO, Manoel Jorge e, **Curso de Direito Constitucional** rev. e atual. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.647.

refere-se à ideia de que o indivíduo deve ser informado correta e integralmente<sup>27</sup>.

O referido direito está assegurado nos artigos 5º, XIV/CF e 220, parágrafos 1º e 2º, ambos da Constituição Federal, que expressam respectivamente:

Art.5º, XIV: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício do profissional.

Art.220, § 1º: nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observando o disposto no art. 5º, IV,V, X, XIII;

§ 2º: é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística;

Cumprе ressaltar, no entanto, que, apesar da tutela assegurada pelos dispositivos acima transcritos, deve-se atentar ao binômio liberdade-responsabilidade, porquanto o exercício de um direito não deve obstar ou repugnar, indistintamente, exercício de um outro direito<sup>28</sup>, conforme se extrai da Teoria dos Limites Imanentes<sup>29</sup>.

Desse modo, percebe-se que tal qual qualquer outro direito, a liberdade de informação, embora expressa e amplamente resguardada na Constituição Federal, também pode sofrer limitações em face de outros direitos fundamentais.

### 3.3. Limites à liberdade de informação

Conforme citado anteriormente, a Teoria dos Limites Imanentes, aliada ao princípio da preservação do interesse público e da veracidade

---

27. NUNES JUNIOR, Vital Serrano, **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**, FTD, 1997, p. 31.

28. SILVA NETO, Manoel Jorge e, **Curso de Direito Constitucional** rev. e atual. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.647.

29. Para a referida Teoria, o limite do exercício de um direito é a esfera de atuação de um outro.

dos fatos divulgados, tem cerceado a esfera de atuação da liberdade de informação.

Deveras, resta evidente que a liberdade de informação, como direito fundamental, merece máxima efetividade, entretanto, cabe ressaltar a necessidade de observância das situações fáticas em que está inserida, de modo a não haver a ofensa a outros direitos também essenciais à dignidade da pessoa humana.

Aponta-se, como um dos limites ao supracitado direito, a veracidade dos fatos, ou seja, a imprensa só pode divulgar, sem incorrer em abuso, fato verídico, sob pena de indenizar àquele que foi alvo de divulgação falsa, errônea ou equivocada.

Nesse sentido, tem entendido a jurisprudência pátria que, em se tratando de fatos verídicos, não há como impedir a imprensa de divulgá-los ou mesmo responsabilizá-la por noticiar o que, de fato, ocorreu, não havendo, *a priori*, qualquer abuso nessa situação.

Observa-se, ainda, que o Poder Judiciário tem se utilizado do princípio da veracidade do fato para julgar casos nos quais há conflito entre a liberdade de informação e o direito a imagem, decidindo, normalmente, pela preservação do direito de imagem quando falta a verdade na informação divulgada.

Outro limite que tem ganhado ampla relevância nas questões que envolvem o direito à liberdade de informação é o interesse público, pois os Tribunais Superiores tem se utilizado, constantemente, desse instituto como critério para a resolução de conflitos entre a liberdade de informação e demais direitos individuais.

Exemplo disso foi a Decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 631336, sob a Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL. APURAÇÃO DE EVENTUAL PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE POR MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. CONFRONTO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO À INTIMIDADE E À FAMÍLIA E O INTERESSE PÚBLICO CONCERNENTE NA

APURAÇÃO DE ILÍCITO. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. (...) O entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência é que não existem direitos absolutos diante da nova ordem jurídica estabelecida pela atual Constituição. Assim, do conflito resultante entre valores individuais, tais como o direito à intimidade, à inviolabilidade de dados e a proteção à família, e o interesse público concernente à necessária apuração de ilícito civil relativo à prática de possíveis atos de improbidade, torna-se necessário sopesar os interesses em jogo. VIII. No caso, prevalece o interesse público, cabendo, entretanto, ao Ministério Público pautar sua atuação pelo princípio da proporcionalidade, lançando mão apenas das diligências consideradas imprescindíveis e menos gravosas à intimidade da investigação e de seus familiares, e observando sempre a ética e a discricionariedade, buscando apurar os fatos com o máximo de brevidade e evitando o vazamento de informações.<sup>30</sup>

Diante da análise das limitações aos direitos de imagem e de liberdade de informação, resta o questionamento sobre a possível legitimidade de divulgação da imagem daquele indivíduo que esteja sendo acusado, em determinado processo penal, uma vez que tal divulgação pode trazer consequências irreversíveis à sua dignidade.

É, pois, o que se passa a examinar.

## **4. DIREITO DE IMAGEM DO ACUSADO**

### **4.1. O conflito entre o direito de imagem do acusado e o direito à liberdade de informação**

Feita a análise do direito de imagem e de seus desdobramentos, constatando não se tratar de um direito de caráter absoluto, cumpre investigar os seus limites em relação ao acusado.

Pergunta-se, para tanto, se é constitucional a divulgação da imagem daquele sujeito que, embora esteja sofrendo investigação em processo criminal, ainda não tenha sido condenado.

---

30. STF – RE: 631336 RJ, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 31/07/2014, Data de Publicação: DJe-151 DIVULG 05/08/2014 PUBLIC 06/08/2014

Nesse sentido, cumpre destacar que o presente trabalho se refere ao acusado em sentido amplo, incluindo, assim, tanto o indivíduo que é mero investigado – em qualquer tipo de investigação de crime, a exemplo de inquéritos policiais ou CPI's, quanto aquele que é efetivamente indiciado.

Percebe-se, pois, que aqui não será tratado o direito de imagem daquele sujeito que já foi condenado em processo criminal e que está cumprindo pena restritiva de direitos ou de liberdade, o que, evidentemente, não significa que ele não possua o direito fundamental a proteção da sua imagem, uma vez que se trata de direito inerente a toda pessoa humana.

Esclarecidas estas premissas, reitera-se que, por mera delimitação didática, dar-se-á enfoque ao direito de imagem do acusado em sentido amplo, conforme referido anteriormente.

Antes de iniciar qualquer explanação sobre a relação entre o direito de imagem do acusado e os demais direitos fundamentais, faz-se necessário evidenciar um fenômeno que norteia essa relação, qual seja, a mídia e a sua influência na vida das pessoas.

Não resta dúvida de que a crescente evolução tecnológica e a globalização trouxeram avanços indispensáveis às sociedades, uma vez que ampliaram o leque e o acesso aos meios de informação, aproximando pessoas de diferentes culturas, rompendo com as barreiras físicas e difundindo informações sobre todo o mundo, quase que em tempo real.

Ressalte-se que, aliada a tais mudanças, cresceu também a influência da mídia que, em consonância com o próprio sistema capitalista, tende a influenciar um número cada vez maior de agentes sociais, divulgando e manipulando as situações da forma que lhe for mais conveniente.

Nesse sentido, destaca-se que não são raras as vezes em que programas divulgam imagens e informações sobre indivíduos que estão sendo acusados de cometerem certo crime ou contravenção penal.

Observa-se, nessas situações, um embate entre alguns princípios fundamentais e, mais uma vez, por questões de delimitação didática, destacar-se-á o princípio da liberdade de informação e o da proteção da imagem.

O que ocorre nas referidas situações é que, ao contrapor-se com o direito à liberdade de informação, o direito de imagem entra em conflito com um direito de igual hierarquia constitucional, restando saber qual critério deverá ser utilizado para o alcance da melhor resolução do caso concreto.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, em caso de conflito entre direitos fundamentais, deve-se primeiramente tentar harmonizá-los e, em não sendo possível tal harmonização, partir para a ponderação. A ponderação, por sua vez, é um mecanismo de análise entre o caso concreto e a norma que indica qual instituto soluciona da melhor maneira a situação<sup>31</sup>. Observa-se, nesse sentido, que a melhor solução será sempre aquela que atinja menos a dignidade do indivíduo.

Posto isto, cumpre esclarecer que o direito à informação diz respeito a toda e qualquer informação dotada de interesse público que deva ser disponibilizada a todo e qualquer cidadão. Ressalte-se, nesse sentido, que interesse público não se confunde com interesse do público, uma vez que, o primeiro se configura como um *topoi* e o segundo representa a mera curiosidade das pessoas sobre determinada situação.

A jurisprudência pátria, há muito, vem entendendo que, em caso de configuração do interesse público, deve-se fulminar o direito de imagem, de modo a preservar o direito à informação<sup>32</sup>. Tanto é assim que o STJ já se posicionou no sentido de que o que tem norteado a escolha de um ou outro direito é o interesse público da informação<sup>33</sup>.

Assim, se há a divulgação de um fato que interessa à coletividade, a tendência é que prevaleça a liberdade de imprensa. Mas se, antagonicamente, uma pessoa sofre prejuízo por ter sido alvo de uma notícia que se restringe à sua vida privada, há grande probabilidade de que os direitos à

---

31. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**.

32. SILVA NETO, Manoel Jorge e, **Curso de Direito Constitucional** rev. e atual. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.653.

33. A título exemplificativo, confira-se o seguinte julgado: STJ – REsp: 984803 ES 2007/0209936-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/05/2009, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/08/2009RT vol. 889 p. 223

honra, à imagem e à vida privada da pessoa se sobreponham à liberdade de informação<sup>34</sup>.

Questiona-se, entretanto, se a divulgação da imagem do acusado é uma questão de interesse público, devendo ser violada em prol da liberdade de informação ou se deve ser preservada, assegurando-se o respeito à dignidade humana e à honra do indivíduo<sup>35</sup>.

Para tanto, faz-se necessário analisar o princípio da presunção de inocência que protege o indivíduo acusado em processo criminal.

## 4.2. O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade

O Princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade está assegurado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVII, que impõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, sendo um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, uma vez que visa a assegurar a tutela da liberdade individual<sup>36</sup>

O referido princípio é também resguardado pela Declaração Internacional de Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 11, que preceitua:

Toda pessoa acusada de delito tem direito de que se presuma sua inocência, enquanto não se prove a sua culpabilidade, de acordo com a lei em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para a sua defesa.

Historicamente, foi no curso da revolução Francesa, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que tal direito passou a ser finalmente, consagrado, rompendo com toda uma linearidade histórica que pregava, ao longo dos séculos, não a presunção de inocência,

---

34. A título exemplificativo, confira-se Notícia do STJ, disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92895](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92895), acessado em: 24. 04.2013.

35. TÁVORA. Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues, **Curso de direito processual penal**, 4 ed – rev., amp. E atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p.51.

36. “o réu não é considerado culpado até a decisão final.” Tradução livre.



mas a presunção da culpabilidade, numa grave violação da liberdade pessoal.<sup>37</sup>

Esta alteração na forma de pensar se justifica no fato de que a revolução francesa, ao quebrar o referido paradigma de “presunção de culpa”, trazendo a ideia de presunção de inocência, explicitou a importância dos direitos individuais, impondo mecanismos à sua preservação e iniciando uma grande mudança no sistema processual penal na Europa, que passou a influenciar fortemente outros países, transformando o modelo inquisitivo em acusatório<sup>38-39</sup>.

Nesse sentido, André Ramos Tavares explica que o princípio da não culpabilidade está completamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, uma vez que caberá ao Estado, em relação ao suspeito da prática de crime ou contravenções, proceder a sua acusação formal para, no curso do devido processo, provar ou não a autoria do crime pelo agente. Dessa maneira, entende-se que a presunção da culpabilidade pelo Estado, antes de qualquer investigação e obtenção de provas, evidenciaria um regresso ao mais puro e total arbítrio estatal<sup>40</sup>.

Sobre o referido princípio, Luigi Ferrajoli explica ser ele decorrência do princípio da jurisdicionalidade, pois é por meio da jurisdição que se obtém a prova do cometimento ou não do delito por determinado indivíduo. Assim, até que essa prova seja produzida, por meio de processo regular, nenhum delito poderá ser considerado cometido, bem como

---

37. 37. FERRAJOLI, Luige, Derecho e Razón – **Teoria del garantismo penal**. Trad, Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2.ed. Madri: Trotta, 1997, p.550.

38. NETO, Luiz Fernando Pereira, O Princípio do estado de inocência e a sua violação pela mídia, disponível em: [http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz\\_Fernando.pdf](http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf); acessado em: 16.03.2012

39. O sistema acusatório é exatamente contrário ao inquisitivo. Enquanto o primeiro preza a existência de um juiz imparcial, que precisa ser provocado para agir e que tem o papel de mediar e aplicar a lei mais adequada ao caso concreto, evidenciando a existência de autor, réu e juiz no processo, o sistema inquisitivo defende a parcialidade do juiz e a união da acusação e da autoria na sua figura.

40. TAVARES, Ramos André, **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 494.

ninguém poderá ser tido como culpado nem, conseqüentemente, poderá ser submetido a aplicação de pena<sup>41</sup>.

De outro lado, Aury Lopes Jr. assevera que os cidadãos tanto estão ameaçados pelos delitos, quanto pelas penas arbitrárias, o que faz com que a presunção de inocência seja mais do que uma garantia da liberdade e da verdade, mas também uma garantia de segurança oferecida pelo Estado de Direito, expressando a confiança dos cidadãos na Justiça<sup>42</sup>.

Sendo assim, o princípio em análise impõe um verdadeiro dever de tratamento quando exige que o réu seja tratado como inocente, atuando na dimensão interna e na dimensão externa.

Na dimensão interna, a presunção de inocência se revelaria como um dever imposto ao juiz de determinar a carga da prova ao acusador (pois, se o réu é inocente não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição. Ainda nesta dimensão se encontram severas restrições ao abuso das prisões cautelares, pois questiona-se a legitimidade e legalidade de se prender alguém que, embora acusado e investigado, não venha a ser condenado<sup>43</sup>.

A seu turno, na dimensão externa, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e estigmatização precoce do réu. Assim, a presunção de inocência e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e vida privada devem ser utilizadas como limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial<sup>44</sup>.

Nesse sentido, compreende-se que a liberdade individual do acusado deve ser preservada até o momento em que a sua culpabilidade for comprovada e, em consequência, devem lhe ser asseguradas, no decorrer do

---

41. FERRAJOLI, Luige, *Derecho e Razón - Teoria del garantismo penal*. Trad, Perfecto Andrés Ilbáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2.ed. Madri: Trotta, 1997, p.550.

42. LOPES JR. Aury, *Direito Processual Penal* - 10, ed - São Paulo: Saraiva, 2013, p.227.

43. *Idem*, p.230.

44. *idem*

devido processo penal, as demais garantias e direitos individuais tutelados pela Constituição Federal de 1988.

Cabe salientar, todavia, que não se pode entender ou querer que, com base na referida presunção, o Poder Público deixe de agir na persecução criminal.

Nesse sentido, André Ramos Tavares, defendendo a mesma linha doutrinária de Nestor Távora, Rosmar Rodrigues de Alencar<sup>45</sup> e George Sarmiento<sup>46</sup>, observa que tal instituto não pode impedir que o Poder Público cumpra o seu papel de investigar, desvendar o ocorrido, identificar o culpado e formalizar essa acusação. Observa-se, portanto que o art. 5º, LVII, não impede a ação do Estado, mas a conforma e informa com o escopo de proteger a liberdade do indivíduo<sup>47</sup>.

Esclarecida a existência e a conceituação do princípio da presunção da inocência, indaga-se sobre a sua aptidão de, por si só, assegurar a não divulgação da imagem do acusado pela mídia antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

### **4.3. O princípio da presunção de inocência como critério de ponderação e o Princípio da Necessidade como fundamento constitucional à proteção da imagem**

Diferentemente do que ocorre com o princípio da liberdade de informação, o princípio da presunção de inocência não surge como o lado oposto da balança no momento da ponderação.

Isso sucede porque, por se tratar de princípio referente aos campos penal e processual penal, já que prescreve consequências jurídicas

---

45. TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues, **Curso de direito processual penal**, 4 ed – rev., amp. E atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p.51

46. SARMENTO, George. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. P.242-243

47. TAVARES, Ramos André, **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 494.

restritas à estas áreas, não tem o condão de ser fundamento jurídico-constitucional para impedir a divulgação do retrato do acusado ou indiciado<sup>48</sup>, muito embora seja critério importantíssimo para a ponderação entre o direito de informação e o de imagem do acusado.

Nesse compasso, Aury Lopes Jr. destaca que a presunção de inocência deve ser maximizada em todas as suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova e as regras de limite de tratamento do imputado, o que repercute em limitação à publicidade abusiva capaz de gerar a estigmatização do imputado, bem como do abuso das prisões cautelares<sup>49</sup>.

Por sua vez, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, também nesta linha, destacam que a regra é a liberdade, devendo o encarceramento, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, figurar como medida de estrita exceção<sup>50</sup>.

Assim, como salientado acima, apesar de não poder ser utilizado como fundamento jurídico-constitucional impeditivo à violação da imagem, nada impede que o supracitado instituto, aliado ao interesse público, seja utilizado como critério de ponderação no caso concreto.

Ressalte-se que este critério, por si só, não seria o bastante para conduzir e decidir qual dos princípios fundamentais imperaria na situação concreta de divulgação de imagem do acusado, sendo necessário um fundamento com repercussões na esfera constitucional para nortear o processo de ponderação dos princípios e fundamentar a proteção da imagem do acusado no caso concreto, qual seja, o princípio da necessidade.

Sabe-se que o princípio da necessidade, uma das dimensões do princípio da proporcionalidade, defende que o meio a ser utilizado, ou a decisão a ser tomada, deve, sempre, ser aquela capaz de produzir menor custo oneroso para os particulares, bem como aos demais direitos

---

48. SILVA NETO, Manoel Jorge e, **Curso de Direito Constitucional** rev. e atual. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.660

49. LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal** – 10, ed – São Paulo: Saraiva, 2013, p.229.

50. TÁVORA. Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues, **Curso de direito processual penal**, 4 ed – rev., amp. E atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p.50

fundamentais, dando-se ainda maior enfoque ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>51</sup>.

Desta maneira, percebe-se que, de um ou outro modo, a imagem do acusado recebe a sua proteção, seja na esfera penal, por meio do princípio da presunção de inocência, seja na esfera constitucional, por meio do princípio da necessidade.

Isso ocorre porque, como todo indivíduo, o acusado deve ter a sua intimidade e honra preservadas seja porque, com base no princípio da presunção de inocência, não há que se falar em culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não sendo cabível, nessas hipóteses, falar em interesse público, uma vez que ainda não se sabe se o indivíduo representa risco ou não para a sociedade; seja porque a exposição da sua imagem seria desnecessária, havendo outros meios menos danosos – e, portanto, mais necessários – para a resolução do problema.

Nesse sentido, pode-se acrescentar a veracidade da informação divulgada, inclusive, como um outro critério também utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para solucionar esses casos, de modo que não há que se falar em informação verdadeira, se nem houve julgamento da ação no momento da sua divulgação<sup>52</sup>.

Há ainda que se pensar que, caso a sentença venha a condenar o acusado, a exposição da sua imagem seria uma espécie de pena acessória à restritiva de direitos ou de liberdade, o que acabaria ferindo um dos princípios basilares do direito penal que é o *non bis in idem* – princípio que estabelece que ninguém pode ser julgado pelo mesmo crime duas vezes.

Diante do exposto, poder-se-ia concluir que sempre prevaleceria a proteção da imagem do acusado sobre os demais direitos, já que a sua violação feriria os princípios da necessidade, bem como o da presunção de inocência, não se tratando a divulgação da imagem do acusado – antes da sentença condenatória – de uma questão de interesse público.

---

51. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/291833/principiodanecessidade#topicos-dicionario>, Acessado em: 25.03.2013.

52. Notícia do STJ, disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92895](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92895), acessado em: 24.04.2013.

Acontece que tal conclusão levaria à errônea constatação de que o direito à proteção da imagem do acusado seria um direito absoluto, o que contrariaria a própria essência do Estado Democrático de Direito.

Assim, entende-se que há algumas exceções ao supracitado direito que merecem esclarecimento.

#### **4.4. Limites à proteção da imagem do acusado**

Como analisado anteriormente, apenas em caso de interesse público, deve-se fulminar o direito à proteção da imagem em prol da liberdade de informação. Questiona-se, portanto, quando a divulgação da imagem do acusado passa a ser assunto de interesse público.

Sabendo-se que o fundamento constitucional norteador da ponderação do embate entre o direito a imagem e outros direitos fundamentais é o princípio da necessidade, deve-se compreender que sempre que a ausência da divulgação do acusado for trazer um ônus relevante à sociedade, esse direito será fulminado.

Observa-se, por exemplo, a necessidade da exposição da imagem do acusado quando este se evade do distrito de culpa, porque nesse caso ele deixa de ser, somente, acusado passando a ser, também, procurado.

Nesse sentido, esclarece Luiz Alberto David Araújo que a divulgação da fotografia do procurado deve ser a mais ampla possível, pela sua própria finalidade. Reitera, entretanto, que quando a captura da pessoa ocorrer ou quando for satisfeita a exigência policial, a publicação deve cessar de imediato, pois caso isso não ocorra, haverá violação ao direito de imagem<sup>53</sup>.

Percebe-se que nas hipóteses de desaparecimento do acusado, há uma questão de interesse público, havendo, portanto, a necessidade da divulgação da sua imagem, vez que ao furtar-se da persecução penal, torna-se necessária a sua captura em prol do bem da coletividade.

Diante do exposto, infere-se que, em regra, o direito de imagem do acusado deve ser preservado, tendo em vista a aplicação dos princípios

---

53. ARAÚJO, Luiz Alberto David, a proteção da própria imagem, p. 96.

da presunção de inocência, da necessidade e da dignidade da pessoa humana. Entretanto, dada a inexistência de direito absoluto no Estado Democrático de Direito, em hipóteses de risco à sociedade e, portanto, de evidente interesse público, poderá ser mitigada a referida proteção até que cesse o referido risco.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo quanto apresentado, pode-se depreender que:

- O direito de imagem é resguardado pela Constituição Federal de 1988 e classificado como direito fundamental, por ser estabelecido pelo artigo 5º, incisos V, X e XXVIII;
- Embora o direito de imagem se trate de direito fundamental, como todo direito, admite limitações oriundas do próprio Estado Democrático de Direito, especialmente quando entra em colisão com outro direito fundamental;
- Na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, em não sendo possível harmonizá-los, deve-se utilizar a ponderação, a qual se baseará em determinados critérios e fundamentos, conforme o caso concreto;
- O direito à informação, também tutelado constitucionalmente, e classificado como direito fundamental por ser estabelecido pelo art. 5º, inciso XIV, bem como pelo art. 220, §§ 1º e 2º, também sofrendo limitações quando confrontado com o direito imagem;
- Diante do conflito entre os direitos fundamentais à imagem e à informação, deve-se ser aplicado aquele que melhor atender ao interesse público, o que implicará a análise individualizada do caso concreto;
- Entende-se por acusado, sem sentido amplo, aquele indivíduo que está sofrendo acusação e investigação em processo criminal, no qual ainda não houve trânsito em julgado da sentença penal condenatória;
- Como um dos critérios de proteção ao direito de imagem do acusado, afigura-se o princípio da presunção da inocência, o qual

- defende que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória;
- Em que pese o princípio da presunção de inocência possuir previsão constitucional – art. 5º, LVII -, a sua aplicação ocorre na área penal e processual penal, não sendo, pois, fundamento jurídico-constitucional para proteger a imagem do acusado, quando em confronto com o direito fundamental à informação;
  - O princípio da necessidade, por sua vez, é o fundamento jurídico-constitucional, capaz de limitar a liberdade de informação, estabelecendo que apenas poderá ser divulgada a imagem do acusado em casos de extrema relevância e real necessidade à proteção da coletividade;
  - Em regra, deve-se ser respeitada a imagem do acusado, podendo ser, excepcionalmente, violada quando a ausência da sua divulgação apresentar risco à sociedade, mas somente até que seja cessado o referido risco.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. São Paulo:Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 2004.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional positivo**. 35º ed, rev. r atual. São Paulo: Malheiros. 2012.
- DAVID ARAÚJO, Luiz Roberto. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- D'AZEVEDO, Regina Ferretto. Direito à Imagem. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2306/direito-a-imagem>. Acessado em: 10.04.2013
- DE MORAES, Guilherme Peña. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e Razón** – Teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ilbáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2.ed. Madri: Trotta, 1997.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Ed.Almedina, 6ªedição, 2002.
- HOLTHE, Léo Van. **Direito Constitucional**, 4º ed, rev, amp. e atal. até aEC 56/2007, Salvador: Jus PODIVM, 2008.



- LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013
- MATHIAS, Hugo Carvalho, A liberdade de informação da imprensa, disponível: <http://jus.com.br/revista/texto/14522/a-liberdade-de-informacao-da-imprensa/1>, acessado em: 21.03.2015
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES WALTER. Direito à *própria* imagem. In: Revista dos Tribunais nº 443, São Paulo, s/d.
- NETO, Luiz Fernando Pereira, O Princípio do estado de inocência e a sua violação pela mídia. Disponível em: [http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/ciencias-criminais/edicao2/Luiz\\_Fernando](http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/ciencias-criminais/edicao2/Luiz_Fernando). acessado em: 16.03.2014.
- NUNES JUNIOR, Vital Serrano. **A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística. FTD, 1997.**
- TÁVORA. Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 4 ed – rev., amp. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010
- SARMENTO. George. A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org). Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, Shyrley Souza da: O interesse público na jurisprudência do STJ: uma abordagem sobre a fixação de conteúdos normativos pelo raciocínio judiciário. Disponível em: [http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/shirley\\_souza2009.pdf](http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/shirley_souza2009.pdf), visualizado em: 07.03.2013.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. Neoconstitucionalismo e dignidade da pessoa humana: um binômio indissociável. Disponível em: [http://www.uesc.br/editora/sumario14/direito\\_constitucional\\_contemp.pdf](http://www.uesc.br/editora/sumario14/direito_constitucional_contemp.pdf), acessado em: 20.07.2015
- TAVARES, André Ramos, **Curso de Direito Constitucional**, 2.ed. ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.



## Capítulo VII

# A lei antiterrorismo brasileira – relativização do Estado Democrático de Direito e dos princípios de direito penal?

*Roberto Borges de Almeida Gomes\**  
*e Camila Vasconcelos Magalhães Andrade\*\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Terrorismo; 3. Análise da lei antiterrorismo brasileira sob a perspectiva do estado democrático de direito; 3.1. Proteção aos direitos humanos; 3.2. Tutela das liberdades constitucionais; 4. Violação ao princípio da ofensividade na lei antiterrorismo brasileira; 5. Violação ao devido processo legal substancial na lei antiterrorismo brasileira; 6. Considerações finais; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** É intento do presente artigo abordar criticamente a Lei Antiterrorismo brasileira, demonstrando se foi ou não operada relativização de elementos inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como do devido processo legal substancial e do princípio da ofensividade regente da matéria penal. Para tanto, são enunciadas notas introdutórias acerca do conceito de terrorismo e do contexto social de publicação da Lei 13.260/2016. Posteriormente, é feita análise da Lei ora em comento sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, ressaltando, todavia, a proteção aos direitos humanos e tutela das liberdades constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** terrorismo – democracia – princípios – constituição.

## 1. INTRODUÇÃO

Da recente publicação da Lei Antiterrorismo brasileira, em 13 de março de 2016 adveio a necessidade de tecer considerações iniciais acerca do referido diploma normativo.

---

(\*) Mestre pela Universidade Metropolitana de Santos. Contato: robertoabgomes@gmail.com

(\*\*) Graduada pela Faculdade Baiana de Direito. Contato: camila.mag@hotmail.com

A proposta inicial consiste apenas na análise da parte material da Lei 13.260/2016, a qual foi publicada ao alvedrio de direitos humanos e fundamentais, atingindo, em suma, a própria Constituição Federal de 1988.

Adiantamos que posteriormente será publicado outro artigo perpassando pela abordagem da mesma Lei ora em apreço, todavia, com enfoque na parte processual nela positivada.

Neste contexto, avaliar a revolução jurídico-penal e, ao mesmo tempo, político-criminal na nossa Lei Antiterrorismo, apontando seus erros e acertos, é tarefa a que se destina este trabalho, o que se espera que possa aclarar dilemas similares enfrentados atualmente no Brasil.

## 2. TERRORISMO

Para adentrar a temática, cumpre elucidar o conceito de terrorismo tomando por empréstimo as lições de Prado e Carvalho<sup>1</sup>, segundo os quais a etimologia do vocábulo “terrorismo” advém do latim *terrere* e *deterere*, que significam, respectivamente, tremer e amedrontar. Em verdade, é assente em doutrina que o referido vocábulo começou a ser empregado quando da Revolução Francesa, consoante apontam os supracitados autores, bem como o criminologista inglês Clifford<sup>2</sup> e o americano Young<sup>3</sup>, o qual concluiu análise do terrorismo enquanto conceito legal.

Em síntese analítica, figura a opção no presente texto pela conceituação do terrorismo como a conduta criminoso do agente que pretende erigir estado de insegurança e medo nos sujeitos passivos, visando à consecução de determinados fins, que podem ser políticos ou não.

- 
1. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. In: **Revista dos Tribunais**. a. 89. v. 771, jan. 2000.p. 43.
  2. CLIFFORD, William. Terrorismo. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 17. n. 60. abr./jun. 1980. p. 268.
  3. YOUNG, Reuven. Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law and Its Influence on Definitions in Domestic Legislation. In: *29 B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 23 (2006). p. 27. Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol29/iss1/3>. Acesso em: 30 abr. 2016.

Evidentemente, o atentado terrorista atinge o próprio sistema político do país em suas instituições. No entanto, não se pode perder de vista que diferem em essência as manifestações políticas e a atuação violenta em nome de ideais políticos contra as instituições do país, visando o alcance do poder. Para ter em vista claramente as diferenças que apartam estes dois exemplos, cabe a conceituação dos crimes políticos<sup>4</sup>. O crime de terrorismo será conceituado em momento oportuno.

O legislador constitucional no art. 109, IV, primeira parte, da Constituição Federal de 1988, noticia a existência do crime político. Tal modalidade de delito, assim como o crime de terrorismo consistem em figuras distintas, as quais precisam ser resolvidas pelo legislador infra-constitucional. Ainda não há legislação brasileira conceituando crime político. Atualmente que se utiliza com este fim, em que pese a existência de críticas, é a Lei 7.170 de 1983, que dispõe sobre os crimes contra a segurança nacional.

A despeito do anteriormente exposto, costumam ser conceituados em doutrina os crimes políticos como aqueles perpetrados contra a política estatal, ou seja, os que se votam contra a segurança interna do Estado, a forma de Governo e sua constituição política<sup>5</sup>.

Um dos aspectos que a Lei Antiterrorismo brasileira não traz, devido à sua fluidez, é a identificação da disseminação do terror, levando, por

- 
4. Interessante observar a retrospectiva histórica dos delitos políticos no país: “No Brasil, sob o influxo das legislações antianarquistas promulgadas na Europa em fins do século XIX, o primeiro diploma a tratar do tema foi o Dec. 4.269, de 17.01.1921, seguido pela Lei 38, de 04.04.1935, que punia os crimes contra a ordem política e social. Ao depois, tem-se a Lei 1.802, de 05.01.1953 (“crimes contra o Estado e a ordem política e social”), incriminando em seu art. 4º, II, a conduta de “praticar devastação, saque, incêndio, depredação, desordem, de modo a causar danos materiais ou a suscitar terror, com o fim de atentar contra a segurança do Estado”. Com o início do regime militar, ocorre a sucessão de vários decretos-leis com vistas a punir severamente os denominados “crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social”. O primeiro deles foi o Dec.-lei 314/67, ao qual sobreveio o Dec.-lei 510/69, este por sua vez prontamente substituído pelo Dec.-lei 898/69. Sua revogação deu-se tão-somente em 17.12.1978, através da Lei 6.620, que permaneceu em vigor até 1983, ano de promulgação da Lei 7.170, atual Lei de Segurança Nacional”. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Op. cit.*, p. 43.
  5. GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Medidas compulsórias**: a deportação, a expulsão e a extradição. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 75.

esta ausência, à possibilidade de tipificação de terrorismo para situações comuns, o que não é a pretensão do combate internacional do referido fenômeno. Sob este viés, há de se ressaltar que deve haver um mínimo de reiteração nos atos que levem à estabilidade da organização terrorista, para que não tenhamos atos isolados com *modus operandi* similares, em virtude da ausência de análise crítica da Lei 13.260/2016, a qual descreve as minúcias do *modus operandi* do crime de terrorismo, desprezando do elemento subjetivo.

Cabe salientar o pertinente entendimento esposado por André Luis Callegari e Raul Marques Linhares<sup>6</sup>, os quais ressaltam a aleatoriedade do terrorismo – isto é, para que o terrorismo atinja a proporção devida, apta à condução ao sucesso pretendido, faz-se mister que seus efeitos não estejam limitados às vítimas de seus danos, somente atingindo, assim, a disseminação do sentimento de pânico social caso seus efeitos se estendam para além das pessoas efetivamente atacadas; a instrumentalização das vítimas, uma vez que estas são tomadas como meros instrumentos necessários à consecução da disseminação do terror, sendo, portanto, portadoras da mensagem do terrorismo e, por fim, a possibilidade da reiteração de atos, ou seja, a perspectiva de que aquele ato específico e já consumado possa se repetir e que, considerando a indiscriminada ação de seus efeitos, pode atingir qualquer pessoa, a qualquer momento.

Não obstante o escólio doutrinário acima exposto, é aqui adotada a noção presente em Young<sup>7</sup>, segundo a qual terrorismo é um termo legal e, assim sendo, deve vir acompanhado de definição normativa.

Ademais, impende reconhecer que pairam sobre o vocábulo terrorismo projeções de caráter preconceituoso ou mesmo pejorativo, como aponta Espinheira<sup>8</sup>, sob o influxo teórico de Scheerer, em consonância com Young<sup>9</sup>.

---

6. CALLEGARI, André Luis; LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: Uma aproximação conceitual. In: **Revista brasileira de Ciências Criminas (RBCCrim)** a. 23. n. 115. jul./ago. Revista dos Tribunais: 2015.p. 195-219.

7. YOUNG, Reuven. *op. cit.*, p. 101.

8. LEMOS, Bruno Espinheira. **Discussões atuais de direito penal**: relato de uma breve experiência na Alemanha. Curitiba: Letra da Lei, 2014. p. 101.

9. YOUNG, Reuven. *op. cit.*, p. 27.

Deste modo, imbuído de pretensões preconceituosas como as citadas se encontra o contexto social de publicação da Lei 13.260/2016<sup>10</sup>, a qual, precipitadamente aprovada e publicada, vem a potencializar e sedimentar estereótipos ao agente do crime de terrorismo, dentre outros fatores como a divulgação exaustiva nos meios de comunicação em massa de que está de novo instaurada, a “Era do Terror”<sup>11</sup>.

Em breve retrospectiva histórica, é perceptível que o fim da Guerra Fria trouxe à tona o terrorismo como uma das principais preocupações em matéria de segurança internacional. Justifica-se: a despeito da diminuição do número de guerras interestatais nas últimas décadas, é factível o aumento quantitativo de organizações terroristas, ao lado de conflitos envolvendo entes não-estatais<sup>12</sup>.

Acrescida a tal contexto, se encontra a fluidificação das fronteiras internacionais decorrente da globalização, rompendo a barreira tempo-espaço<sup>13</sup>, tornando cada vez mais tênue a delimitação entre conflitos de dimensões interna ou internacional. Em decorrência, há ensejo para uma coalizão internacional dialógica com fins de prevenção e repressão ao terrorismo, sem olvidar da proteção aos direitos humanos e da tutela das liberdades constitucionais.

Com vistas ao enfrentamento do terrorismo, tem optado o ordenamento jurídico brasileiro pela positivação em sede constitucional e

- 
10. A referida lei regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. Informa o art. 5º, XLIII da Constituição Federal de 1988 – “a ei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.
  11. Período histórico entre 1793-1794 na República Jacobina, instaurada pós-Revolução Francesa, explicado por Eric Hobsbawm em sua obra **A Era das Revoluções. 1789-1848**. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
  12. Nesse sentido: FILHO, Marcilio Toscano Franca; FIGUEIREDO, Celso Henrique Cadete. As tendências do terrorismo internacional e os desafios constitucionais brasileiros. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**: em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: Jus Podivm, 2012. p.53-71.
  13. Nesse sentido: SANTOS, Milton. **Técnica, espaço, tempo**: globalização e meio técnico-científico e informacional. São Paulo: Hucitec, 1994.

infraconstitucional de instrumentos aptos a tratar da questão de modo efetivo<sup>14</sup>. Igualmente, também vem o Brasil assumindo obrigações internacionais para criminalização do terrorismo, bem como modelos de implementação, conforme enuncia Sven Peterke<sup>15</sup>.

No entanto, foi com a Lei 13.260/2016 que encontrou o terrorismo sua definição legal, positivada em seu artigo 2<sup>o</sup><sup>16</sup>. Tal positivação é

- 
14. Em plano constitucional, temos o art. 5<sup>o</sup>, XLIII, da Constituição Federal de 1988. Já em plano internacional, há treze convenções antiterroristas em vigor. Com exceção de uma, o Brasil ratificou todas, além de outras três convenções interamericanas da OEA (OAS, 2014), sobre a matéria. Todas as convenções universais estão disponíveis em: <<http://www.un.org/en/terrorism/instruments.shtml>>. Acesso em: 06 mai. 2016. Ademais, “o terrorismo é ainda objeto de regulação infraconstitucional dispersa. Na Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), o artigo 77, § 3<sup>o</sup>, dispõe que o Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atos de terrorismo. Ao se considerar a prática do terrorismo crime comum, impede-se a concessão de asilo para terroristas e se possibilita sua extradição, deportação ou expulsão do território nacional. Na mesma direção, o art. 3, inc. III, da Lei 9.474/97, que estabelece o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), proíbe a concessão de status de refugiado a terroristas. A Lei 10.744/2003, por sua vez, dispõe sobre a assunção, pela união, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras”. FILHO, Marcilio Toscano Franca; FIGUEIREDO, Celso Henrique Cadete. *Op. cit.*, p. 65.
  15. PETERKE, Sven. Obrigações internacionais para a criminalização do terrorismo e modelos de implementação – principais opções para o legislador brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. a. 51. n. 204. out/dez. 2014. p. 109-119. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509930/001032258.pdf?sequence=1>. Acesso: em 30. abr. 2016.
  16. Art. 2<sup>o</sup> da Lei 13.260/2016. O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. § 1<sup>o</sup> São atos de terrorismo: I – usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; II – (VETADO); III – (VETADO); IV – sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; V



exemplo do que já explanava Helen Duffy<sup>17</sup> em “*The War On Terror and The Framework of International Law*”, aduzindo que desenvolvimentos legais relacionados com o terrorismo não teriam sido paralisados pelo impasse na obtenção de uma definição global, diante de convenções específicas que abordam determinados tipos de terrorismo, da evolução das organizações regionais para a consecução de seus fins, e de avanços em outras áreas do direito internacional, que têm fornecido instrumentos legais para lidar com condutas que comumente são entendidas como atos de terrorismo.

Ainda em cotejo a definição legal brasileira de terrorismo, é evidente a má técnica legislativa empregada, dada a enorme quantidade de condutas elencadas, numa redação truncada dos dispositivos, criando aberrações como o “terrorismo contra coisa” ou “exposição de patrimônio a perigo”. Além disso, é repudiável a vagueza de termos empregada, vide artigo 3º<sup>18</sup> da Lei 13.260/2013, uma vez que possibilita a abrangência de condutas questionáveis. Afinal, o que seria, casuisticamente, promover ou não promover? E o que seria organização terrorista? O Estado Islâmico pode ser tido como tal. Outrossim, os curdos que resistem ao Estado Islâmico são considerados pelo Estado turco como terroristas. Até mesmo o Congresso Nacional Africano, de Nelson Mandela, já foi considerado terrorista<sup>19</sup>. Igualmente, também já foram os movimentos

---

– atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa: Pena – reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência. § 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

17. DUFFY, Helen. *The war on terror and the framework of international law*. United States of Americaby Cambridge University Press, New York: 2006. p. 18. Disponível em <http://s1.downloadmienphi.net/file/downloadfile4/206/1392178.pdf>. Acesso em: 30. abr. 2016.
18. Art. 3º da Lei 13.260/2016. Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista: Pena – reclusão, de cinco a oito anos, e multa.
19. Questionamentos também levantados por Adriano Pilatti, autor do livro **A Constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e

de resistência à ditadura brasileira já foram caracterizados como tal. E o que dizer de Lampião e do cangaço? Ou de Antônio Conselheiro e da experiência vivida em Canudos? Quais dessas hipóteses, num contexto atual, poderiam representar terrorismo?

Ademais, é imperioso criticar o momento pelo qual passa o Brasil, assim como aventar a visualização dos motivos e interesses que pairam ao redor da publicação da Lei 13.260/2016.

Como cediço, a publicação de uma lei penal em sentido estrito perpassa por uma série de fatores para que não sejam violadas garantias fundamentais, como o devido processo legislativo – com observância fiel às disposições constitucionais, sobretudo as inculpidas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 – e ainda, o amadurecimento de discussões sobre o tema no parlamento, uma vez que tais representantes políticos, como cediço, devem consubstanciar a vontade de seus eleitores.

Semelhante não ocorreu com a Lei 13.260/2016. Com a proximidade dos Jogos Olímpicos de 2016, sediados na cidade do Rio de Janeiro, associada à ocorrência de protestos de naturezas diversas pelo país e à influência política do GAFI – Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do terrorismo, organismo vinculado ao G-20, foi aprovada em pouco mais de oito meses desde a sua elaboração, o que remete ao “perigo de que em momentos mais conturbados a comunidade política possa ser guiada por paixões e suprima direitos fundamentais dos indivíduos”<sup>20</sup>.

Demais disso, não foi estabelecida a pluralização do debate acerca do referido diploma normativo com a sociedade civil, o que se considera falta grave, considerando as restrições a direitos fundamentais contidos no instrumento.

---

regras do jogo (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008), em entrevista concedida ao Movimento dos Trabalhadores Rurais e Sem Terra. Disponível em: <http://www.mst.org.br/2016/03/03/a-tipificacao-de-crime-de-terrorismo-no-brasil-a-perversidade-da-lei-e-a-sua-propria-criacao-entrevista-especial-com-adriano-pilatti.html>. Acesso em: 04/05/2016.

20. MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: USP, 2008.p. 67. Disponível em <http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>. Acesso em: 01. mai. 2016.

Neste contexto, é nítida a aproximação da publicação da lei ora em comento com o uso simbólico<sup>21</sup> da legislação penal, trazendo a reflexão de até que ponto há legitimidade estatal para incriminação de condutas em detrimento da relativização do Estado Democrático de Direito e dos princípios regentes da matéria, pois, com fundamento em Mir Puig<sup>22</sup>, “e o Direito penal de um Estado social só se legitima na medida em que protege a sociedade, perderá sua justificação caso a intervenção demonstre-se inútil por ser incapaz de evitar delitos”.

### 3. ANÁLISE DA LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Por todo o exposto, não haveria verdadeira análise da Lei 13.260/2016 em seu aspecto material se não houvesse críticas sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Tal modelo de Estado tem por característica o reconhecimento do poder soberano do povo, que o exerce diretamente ou através de representantes, culminando na democracia direta ou indireta, respectivamente. Ademais, há a consagração dos direitos fundamentais como pauta axiológica suprema<sup>23</sup>.

Nesta linha de intelecção, num Estado dito Democrático de Direito não é suficiente a garantia meramente formal de um aparato procedimental democrático, uma vez que deve ser asseguradas garantias em

- 
21. Com o uso simbólico da legislação penal, é utilizada a sensação de insegurança veiculada midiaticamente pela com o fito de pressionar os atores políticos para que, uma vez criada a lei, haja a sensação segurança no meio social, a qual, por vezes, é essencialmente falsa. Acerca de tal uso simbólico, elucida André Callegari que “*grande parte das intervenções penais punitivas da contemporaneidade, antes de buscar responder ao problema da criminalidade em si, presta-se precipuamente a diminuir as inquietações populares diante da insegurança*”. CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 75.
  22. SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Claudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007. p. 92
  23. Vide art.5º, XLI, da Constituição Federal de 1988 – “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, tido por mandado expresso de criminalização. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

seu viés substancial. Em sendo assim, é possível vislumbrar a necessidade da compreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito em conexão inexorável à função transformadora assumida pelo Direito<sup>24</sup>.

Como enuncia Ana Cláudia Pinho<sup>25</sup>, em que pese haja feição garantista na Constituição Federal de 1988, preocupada com o *jus puniendi* estatal, o Direito Penal positivo – legislado e aplicado – se mostra paradoxalmente distante e alheio àqueles valores fundantes.

Infelizmente, nos parece ter o legislador penal ordinário relativizado a Constituição enquanto ordenação global do Estado e da sociedade, isto é, enquanto projeto de identificação de uma ordem político-social, como preleciona Canotilho<sup>26</sup>. Logo, apresentando a Constituição brasileira diretrizes supremas para o Estado, é de clareza solar que suas normas vinculam o legislador, incluindo aqui o legislador penal, para que haja a consecução dos objetivos do constituinte. Portanto, é imperioso destacar a limitação negativa operada pela Constituição ao Direito Penal, o qual se deve ater aos princípios daquela, observando seus valores, evitando, assim, comportamentos legislativos inconstitucionais<sup>27</sup>.

Neste contexto, não há como afirmar a existência de absoluta liberdade de conformação legislativa, tanto para o estabelecimento de crimes e penas, tanto como para a descriminalização, posto que há de se compatibilizar a proibição do excesso com a proibição da proteção deficiente<sup>28</sup>, faceta da máxima da proporcionalidade.

- 
24. Nesse sentido, STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 114
  25. PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito penal e estado democrático de direito**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 33
  26. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 104. Nesse sentido, HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. trad. Gilmar Mendes. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1991.
  27. Nesse sentido, REALE JR., Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
  28. STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, v. 80, 2004. p. 310.

Como será mais aprofundado em tópicos próprios, as violações aos princípios penais efetuadas pelo diploma normativo carregam em si uma afronta ao devir das liberdades e da democracia, valores constitucionalmente estatuídos no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar da disparidade entre o Código Penal de 1940 – construído a partir de escopo ideológico fundado numa visão patrimonialista e moral cristã sexista<sup>29</sup> – e da Constituição Federal de 1988, conforme crítica de Ana Cláudia Pinho<sup>30</sup> é, no mínimo, questionável a insistência na continuidade na perpetuação da produção de um Direito Penal ainda afastado da realidade constitucional e dos princípios que o conformam.

Não é demais repetir que ao optar pelo caminho trilhado pela Lei 13.260/2016, se afastou o legislador ordinário do Estado Democrático de Direito, privilegiando a criminalização exacerbada de condutas, inclusive já tipificadas em outros diplomas, como o crime de dano (art. 163, CP), contraposto com o art. 2º, *in fine*, da Lei 13.260/2016, ou ainda o crime de favorecimento pessoal (art. 348, CP), contraposto ao art. 3º da Lei 13.260/2016.

Ademais, é perceptível a ausência de consideração do elemento subjetivo geral do tipo nos tipos penais elencados na Lei Antiterrorismo brasileira, a saber, o dolo, dificultando sobremaneira a adequação típica, ensejando que condutas comuns possam ser albergadas pelo crime de terrorismo.

Não nos parece ser esta a melhor posição, remetendo aqui, portanto, à adoção de uma política social adequada, com o consequente estabelecimento de soluções a longo prazo para as consequências de eventuais práticas delitivas, uma vez que é preferível a pacificação social mediante o uso de meios menos lesivos ao indivíduo e funcionalmente equivalentes, ao contrário da desenfreada imposição de sanções, entendimento também esposado por Tutikian<sup>31</sup>.

---

29. Nesse sentido, ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito penal diferenciado**. Tradução: Editorial Studium, 2002.

30. PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *op.cit.*, p. 37.

31. TUTIKIAN, Cristiano. Prevenção geral positiva e proteção de bens jurídicos. In: *Revista de Informação Legislativa*. a. 45. n. 177. jan./mar. 2008. p. 251. Disponível em [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160327/Preven%C3%A7%C3%A3o\\_geral\\_positiva\\_177.pdf?sequence=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160327/Preven%C3%A7%C3%A3o_geral_positiva_177.pdf?sequence=1). Acesso em: 01. mai. 2016.

Ademais, num Estado Democrático de Direito, também não há mais espaço para a criminalização de atos preparatórios<sup>32</sup>, vide art. 5º da lei ora em comento. Não se coaduna com a perspectiva democrática a criminalização de condutas que não afetem bens jurídicos<sup>33</sup>, pois, como já preconizava Roxin, há de se equilibrar o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, sobretudo considerando que nesta etapa histórica o resgate democrático somente parece viável mediante o desenvolvimento de um processo de garantia da consecução de direitos fundamentais, os quais estejam substanciados em verdadeiras referências axiológicas externas positivadas constitucionalmente<sup>34</sup>.

Em sendo assim, “o exame da criação de tipos penais requer atenta reflexão sobre o grau de ofensividade de um comportamento a fim de se aquilatar se efetivamente requer a proteção penal”<sup>35</sup>.

Obviamente, o combate e repressão ao terrorismo é pauta de suma importância a ser incluída nas deliberações em ordens internas e internacionais, sobretudo em função da globalização. No entanto, reputamos como precipitada a publicação da Lei 13.260/2016 nos moldes ocorridos, uma vez que de tal ato precipitado, advieram normas violadoras de garantias fundamentais, imbuídas preponderantemente do exercício de função simbólica.

Em análise complementar à função simbólica da Lei Antiterrorismo brasileira, figura a ideia de emergência, a qual, na dicção de Hassan

- 
32. Em verdade, podem ser criminalizados atos preparatórios, desde que sejam autônomos, isto é, quando de *per se* já é identificada a violação ao bem jurídico. Só assim podemos falar em verdadeira configuração de ato preparatório criminoso.
  33. Bem jurídico, na dicção do supracitado penalista alemão Claus Roxin, remete a “todos aqueles dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento dos cidadãos, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema penal construído sob essas bases”. ROXIN, Claus. O Conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. In: **Revista dos Tribunais**. a. 101.v.922. ago. 2012.p. 297
  34. COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 154.
  35. REALE JR. Miguel. Constituição e Direito Penal. 20 anos de desarmonia. In: **Revista de Informação Legislativa**. a. 45. n. 79. jul/set. 2008. p. 334.

Choukr<sup>36</sup>, é corriqueiramente atrelada à de urgência e, num certo sentido, à de crise. Para o citado autor, a emergência remeteria àquilo que foge aos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, erigindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade.

Neste sentido, é repudiável o uso simbólico da legislação penal, sobretudo em matéria essencialmente gravosa como o terrorismo, pois não há qualquer evidência de que um tratamento penal mais rigoroso culminará em maior eficácia preventiva. Com isso não se objetiva a não tipificação penal do combate ao terrorismo, mas sim o reconhecimento de um caráter mais amplo no fenômeno terrorista, sendo tido como estratégia comunicacional do poder, a qual deve ser analisada sob um enfoque predominantemente social<sup>37</sup>.

### 3.1. Proteção aos direitos humanos

Cumpra expor a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, os quais, em flagrante atecnia, são comumente tratados como sinônimos.

Valério Mazzuoli<sup>38</sup> preleciona serem os direitos humanos direitos protegidos pela ordem internacional contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. Acrescenta ainda que são direitos que estabelecem nível protetivo mínimo de observância obrigatória a todos os Estados, sob pena de responsabilização internacional.

Já os direitos fundamentais, na dicção do supracitado autor, estão afeitos à proteção interna dos direitos dos cidadãos, relativa aos aspectos ou matizes constitucionais de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas constituições contemporâneas. Assim, informa Mazzuoli<sup>39</sup> serem tais direitos garantidos e limitados temporal

---

36. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 01.

37. CALLEGARI, André Luis; LINHARES, Raul Marques. *op. cit.* p. 217.

38. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014. p. 22;

39. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *op. cit.*, p. 23.

e espacialmente, vigentes de modo objetivo numa ordem jurídica concreta.

Ante a exposição do Estado Democrático de Direito, resta claro que os direitos fundamentais são, em essência, limitação de ordem interna condicionante da esfera de poder estatal, ao passo em que os direitos humanos figuram como limitações de ordem internacional condicionante de poder estatal, sob a ótica do Direito Comunitário.

Portanto, é necessário cotejar a proteção de direitos humanos na análise da Lei Antiterrorismo brasileira, sobretudo considerando a noção kantiana<sup>40</sup> segundo a qual “avançou-se tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos terrestres que, como resultado, a violação em um ponto da terra repercute em todos os demais”.

Sedimentadas tais noções iniciais, é perceptível que a Lei 13.260/2016 eleva à concreção a lição de Zaffaroni<sup>41</sup>, segundo o qual, “*hay una aparente contradicción o paradoja, que es la de proteger derechos limitando derechos*”. No entanto, sob o pretexto da necessidade de tutela de relevantes bens jurídicos têm sido perpetradas sérias lesões aos mesmos.

Nesta linha de intelecção, acrescemos às críticas anteriormente expostas acerca da exacerbada criminalização de condutas já tipificadas em outros diplomas normativos, bem como da tipificação de atos preparatórios, ambos fenômenos ocorridos na lei ora em apreço, fragiliza a proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda sob a ótica da proteção aos direitos humanos, salientamos que muitas das legislações referentes a questões penais internacionais de combate a genocídio ou terrorismo, por vezes, na intenção de conferir eficiência máxima à tutela daqueles direitos, acaba fragilizando os mesmos, como demonstram uma série de exemplos internacionais (*e.g.*

---

40. KANT, Immanuel; **Para a paz perpétua**: estudo introdutório – Joám Evans Pim. Trad. Bárbara Kristensen.– Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, (Ensaio sobre Paz e Conflitos; v. 5. 2006. p. 82.

41. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos em América Latina**. Buenos Aires: De Palma, 1984. 2 v. V 1. 258 p. V. 2. 461.p. 27



Guantánamo, nos Estados Unidos da América) e as figuras do art. 23, e do art. 25, ambos da Lei 7.170/1983 – Lei de Segurança Nacional.

Assim, o grande perigo de uma legislação falha como a Lei 13.260/2016 é via de abertura que cria para órgãos de persecução penal, os quais, na sua atuação, terminam por perpetrar violações aos próprios direitos humanos. Logo, ao se pensar em no papel das Polícias e do Ministério Público no Estado Democrático de Direito, a própria legislação a ser aplicada deve estar conectada com os princípios institucionais de tais entes, os quais devem promover as medidas necessárias à consecução dos direitos constitucionalmente assegurados.

Num contexto de proteção aos direitos humanos, é frequente que os poderes Executivo e Legislativo sejam solicitados a atuar em observância aos mesmos. No entanto, é o Poder Judiciário guardião daqueles direitos, conferindo efetividade à tutela jurisdicional. Assim, o exercício de tal papel de defesa e guarda pelo Judiciário dos direitos humanos, essencialmente relativizados pelos espaços de abertura inconsequentemente criados pelo legislador infraconstitucional na Lei 13.260/2016, será mais do que necessário.

Portanto, tendo em vista os desafios e perspectivas para o fortalecimento do Poder Judiciário na proteção dos direitos humanos, sugere Piovesan<sup>42</sup> que deve ser reduzida a distância entre a população e o Judiciário; bem como ser otimizada a litigância como uma estratégia jurídico-política de proteção dos direitos humanos, além de ser incentivada a democratização dos órgãos do referido poder constituído e, sobretudo, ser encorajada a aplicação internacional dos instrumentos internacionais de defesa daqueles direitos.

Em sendo assim, diante de tantas imprecisões na Lei Antiterrorismo brasileira – desse impasse legislativo criado – e enquanto o parlamento não for sensível na necessidade de alteração da citada lei, caberá ao Judiciário diligenciar os recortes necessários em sua aplicação e interpretação, para fins de implementação dos direitos humanos e efetiva tutela das liberdades constitucionais.

---

42. PIOVESAN, Flávia. Poder Judiciário e os Direitos Humanos. In: **Revista da USP**. n. 101. p. 99-112. mar. abr. mai. São Paulo: 2014.

### 3.2. Tuteladas liberdades constitucionais

Assevera-se que a despeito do enunciado no § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2013, segundo o qual o disposto no supracitado artigo não se aplicaria à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei, há receio se haverá mesmo a real observância de tal dispositivo pelas instituições responsáveis pela segurança pública, o que pode colocar em xeque a própria proteção às liberdades constitucionais.

Logo, é perceptível que da própria tipificação disposta no supracitado artigo é fluida, ensejando, ainda com a exceção, interpretações elásticas que permitam a criminalização de movimentos sociais. As expressões utilizadas indicam, muitas vezes, interpretações pelo agente de segurança pública do que sejam os ditos “movimentos sociais”, o que é passível, casuisticamente, da ocorrência de situações em que o agente não distinga o que sejam movimentos sociais, os quais, mesmo o sendo, não sejam assim considerados.

Para visualização do exposto permita-nos utilizarmos de um exemplo, na qualnuma movimentação espontânea os manifestantes queimam diversos ônibus. Inicialmente, pode ser pensado em sabotamento de transportes públicos, incidindo, portanto, crime de terrorismo consoante a Lei Antiterrorismo brasileira. Mas, na verdade, posteriormente resta comprovado que se tratava de um protesto pelo aumento de passagem. A quem caberá interpretar e enquadrar os fatos à norma? Como o agente de segurança pública irá perceber a dimensão disso?

Numa leitura rápida, se poderia pensar que o Judiciário prontamente efetuará as correções necessárias ao quanto enunciado em lei. No entanto, quanto tempo será necessário para tanto? Já não teriam sido violados os direitos humanos e as liberdades constitucionais dos envolvidos no suposto fato terrorista?

A correção de tal situação se daria com uma linguagem menos fluida no supracitado art. 2º, § 2º, sendo mais preciso na capitulação penal,

respeitando, por certo, o princípio da taxatividade. Um dos possíveis motivos que culminaram em tal imprecisão legislativa certamente foi a falta de debates do referido diploma legislativo com a sociedade civil, o que se considera falha gravíssima num regime de Estado que se diga Democrático de Direito. Tal princípio assegura que o tipo penal deve ser claro, direto, afastando, assim, interpretações nefastas.

Em tempos de severas violações aos direitos humanos praticadas em nítida inobservância de disposições constitucionais, de tratados internacionais ou mesmo de leis, repita-se, pouco ou quase nada remeteu ao elemento subjetivo do tipo, relevantíssimo componente dos tipos penais com viés garantístico e concretizador da legalidade. Neste contexto, gostaríamos de exemplificar uma situação esdrúxula passível de caracterização na Lei ora em comento: três pessoas que eram empregadas de determinada igreja foram demitidas. Revoltadas com o ocorrido, utilizando explosivos e produtos químicos, resolvem atear fogo nos ônibus públicos que fazem o trajeto na igreja com a finalidade de provocar terror generalizado entre as pessoas. Há a possibilidade de reiteração de atos, comum aos atentados terroristas? Não se pode afirmar com clareza. No entanto, pela fluidez da lei, os agentes possivelmente seriam tomados como terroristas.

É pacífico que o Estado Democrático de Direito exige contrabalançamentos. E, como aduz Sarmiento<sup>43</sup>, sem o estabelecimento de um ambiente político no qual as liberdades individuais são efetivamente garantidas, com opinião pública e livre, tolerância e direito à diferença, não passaria a democracia de um simulacro. É neste contexto que se procura discutir o papel da Constituição nas circunstâncias retratadas pela Lei Antiterrorismo brasileira.

Portanto, ante a violação das liberdades constitucionais perpetradas pela Lei 13.260/2016, é pertinente, *in casu*, chamar a atuação dos legitimados<sup>44</sup> à provocação do controle principal de constitucionalidade para

---

43. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.p. 179.

44. Art. 103, Constituição Federal de 1988. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

fins da própria verificação de compatibilidade material de seu texto com o quanto estatuído na Lei Maior de 1988.

Tal medida objetivaria tornar sem efeito suas disposições nitidamente inconstitucionais e impondo a observância da decisão exarada em sede do citado processo objetivo a todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública brasileira. Igualmente, operaria tal decisão efeitos contra todos os jurisdicionados(*erga omnes*), restabelecendo, assim, a unidade e supremacia constitucional, impondo veementemente a observância às liberdades constitucionais.

#### 4. VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE EFETUADAS PELA LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA

Recuperando noções advindas do direito comparado italiano, Luiz Flávio Gomes<sup>45</sup> aduz que o princípio da ofensividade no Direito Penal teria a pretensão de irradiar suas concretas consequências, isto é, seus efeitos, em dois diferentes planos<sup>46</sup>. Serviria, assim, não somente de guia na atividade legiferante, orientando o legislador quando da formulação

---

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

45. GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullumcrimensineiniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27-28.
46. Tradicionalmente, a doutrina entende como sinônimos os princípios da lesividade e da ofensividade. No entanto, há entendimentos aduzindo que a lesividade expressa o fato de como deve ser entendida a proteção ofertada, ao passo em que a ofensividade remete à exclusiva proteção de bens jurídicos, se mostrando informador do conteúdo material do tipo. Vide: SILVEIRA, Renato Jorge de Mello. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 161-162. A despeito disso, não será adotada tal diferenciação no presente artigo.

do tipo legal, com o fito de vinculação à construção de tipos legais dotados de real conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes. Igualmente, atua como critério interpretativo, dirigindo, portanto, ao juiz e ao intérprete, chamando à verificação casuística da existência (no fato histórico), da necessária lesividade ao bem jurídico tutelado.

Neste contexto, decorrem do mandamento nuclear do referido princípio três dimensões de garantia<sup>47</sup>.

A primeira dimensão garantia do princípio da ofensividade se posta contra a degeneração antidemocrática e arbitrária do poder estatal sancionador, reunindo condições de impedimento a que Direito Penal se transforme em meio de proteção do próprio Estado, dos exercentes do poder, ou ainda de seus interesses e ideologias, ou mesmo em instrumento sancionador de mera violação da norma. Deste modo, visa à tutela de autênticos bens jurídicos individuais ou supra-individuais e de punição de atos realmente ofensivos a tais bens jurídicos. Portanto, neste contexto, há função garantidora do próprio modelo democrático do Estado e dos direitos fundamentais.

Já a segunda dimensão de garantia visa à elevação do princípio ora em comento à categoria de óbice à expansão ou hipertrofia do Direito Penal, pois, como cedoço, é corolário lógico dos movimentos político-criminais hipercriminalizadores a paulatina relativização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

O princípio da ofensividade em sua terceira dimensão de garantia é comumente considerada correlata ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e tem por característica o controle do conteúdo material da lei penal, seja no que concerne à exigência de conteúdo ofensivo do delito, seja no que concerne ao objeto da tutela penal, isto é, ao bem jurídico, uma vez que, ausente tal controle não se legitima normativamente a intervenção penal.

Logo, ante as considerações acima acerca do princípio da ofensividade, é perceptível flagrante violação ao mesmo na Lei 13.260/2016,

---

47. GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, p. 30-31.

haja vista a criminalização de atos preparatórios erigida no artigo 5<sup>o</sup><sup>48</sup> da maneira como ocorreu.

Cabe ressaltar a possibilidade de se insurgir viés de perseguição ideológica criminalização dos atos preparatórios elencados na Lei Antiterrorismo brasileira, haja vista a já discutida ausência de análise do elemento subjetivo do tipo. Tal ausência possibilita a insurgência de situações anômalas.

Nesse contexto, figuraria como exemplo a recente notícia<sup>49</sup> de agressão coletiva a um jovem que passava de camisa vermelha nas imediações de manifestação contra determinada nomeação para Ministro da Casa Civil, do presente governo, a qual poderia configurar ato de terrorismo pela conduta dos agentes que, por razões de discriminação, no caso político-ideológica, provocaram terror generalizado e expuseram a perigo a vida de pessoa, conforme enuncia o art. 2<sup>o</sup> da Lei 13.260/2016. Ante a ausência de consideração do elemento subjetivo do tipo, poderiam ou não ser os agentes tomados como terroristas?

Ainda tendo em vista as violações ao princípio da ofensividade erigidas pela Lei Antiterrorismo brasileira, há de se ressaltar que da redação truncada dos dispositivos, especialmente o art. 2<sup>o</sup> criando aberrações como o “terrorismo contra coisa” ou “exposição de patrimônio a perigo”. Tais figuras claramente não se encontram no âmbito de proteção do quanto estatuído pelo princípio em apreço. Não com o rigor que requer a repressão ao terrorismo.

Numa significação idônea, o conceito de bem jurídico “só pode servir a uma autêntica teoria democrática do injusto, à medida que corresponda aos seus fins limitativos e não aos propósitos punitivos”<sup>50</sup>.

Em sendo assim, figuram como alternativas ao *status quo* promovido pela Lei 13.260/2016 a ação direta de inconstitucionalidade ou, não

---

48. Art. 5<sup>o</sup> da Lei 13.260/2016. Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: [...].

49. Disponível em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/03/adolescente-e-agredido-em-protesto-contr-governo-na-paulista.html>>. Acesso em 08. mai. 2016.

50. TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 149.

sendo este operado, o controle incidental, bem como a alteração legislativa – dessa vez atenta aos princípios, direitos humanos e liberdades constitucionais violados.

## 5. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

Conforme assente em doutrina, o devido processo legal é subdividido em duas acepções, a saber, a formal e a substancial. A acepção formal (*procedural dueprocess*) figura na qualidade de determinado processo, cível, penal ou administrativo, informado pelos princípios do juiz natural, ampla defesa, contraditório e publicidade<sup>51</sup>. A acepção substancial (*substantive dueprocess*), por sua vez, constitui limite ao legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*)<sup>52</sup>, guardando substancial nexos com a consecução do objetivo que se pretende estatuir.

A noção de devido processo legal substancial adveio do caso *Calder v. Bull*, de 1798, submetido à apreciação da Suprema Corte norte-americana, no qual restou assentado que os atos normativos legislativos ou mesmo administrativos que violassem direitos fundamentais ofenderiam o devido processo legal, estando, portanto, sujeitos à apreciação judicial, com a conseguinte declaração de nulidade<sup>53</sup>.

Em perspectiva moderna, passa o devido processo legal substancial a ideia de garantia a estabelecer legítima limitação ao poder estatal, censurando a própria legislação e declarando a ilegitimidade de leis violadoras dos pilares do regime democrático<sup>54</sup>.

---

51. Vide RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

52. Voto do Rel. Min. Carlos Velloso na ADI 1.511-MC, julgamento em 16-1-1996, Plenário, DJ de 6-6-2003.

53. Também relata as origens históricas do devido processo legal substancial Carlos Roberto Siqueira de Castro, em “O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil”, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

54. Vide Arturo Hoyos, **La garantía constitucional del debido proceso legal**. Revista de Processo. a. 12. n. 47. jul./set. 1987.

Nesta linha de intelecção, figura a acepção do devido processo legal substancial, na dicção de Siqueira Castro<sup>55</sup>, como um mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes, o que a constitui como elemento inerente ao Estado Democrático de Direito, coibindo restrições ilegítimas aos direitos fundamentais sem processo previamente estabelecido e com possibilidade ampla de participação<sup>56</sup>.

O princípio do devido processo legal substancial preconiza que todas as normas jurídicas e atos do Poder Público poderão ser declarados inconstitucionais caso sejam injustos, desarrazoados ou desproporcionais, o que certamente vem a limitar a discricionariedade no âmbito dos três poderes constituídos.

É factível que a Lei 13.260/2016 não se coaduna com o explanado devido processo legal substancial, considerando que impõe severas penas ao alvedrio de direitos fundamentais como a liberdade de expressão e de manifestação, além de ter sido aprovada e publicada sem a ocorrência de um mínimo diálogo com os atores da sociedade civil.

Instrumentalizando a pauta axiológica do princípio ora em apreço, figuram casos extraídos da prática reiterada do Supremo Tribunal Federal. Foi em 1951, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 18.331 que o referido órgão de cúpula pela primeira vez noticiou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais, comumente em doutrina, são tidos como elementos ou decorrências do devido processo legal substancial.

No momento constitucional vivido na década de 50, não se ocupava Supremo Tribunal Federal da declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que afrontassem os citados princípios, fato concretizado somente pós-1988.

Logo, é factível que não se pode tolerar, após a égide da “Constituição Cidadã”, a incompatibilidade material de diplomas normativos com o devido processo legal substantivo. Diante disso, pode – ou melhor, deve

---

55. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

56. Vide LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: **Leituras complementares de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. Jus Podivm: 2006. p. 13.



– o órgão “guardião da Constituição” declarar a inconstitucionalidade da Lei Antiterrorismo brasileira em eventual ação direta ajuizada, impugnando a incompatibilidade da mesma ao devido processo legal substancial (além de violar liberdades constitucionais e ser deficitária em matéria de proteção aos direitos humanos).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o quanto enunciado no presente artigo, restou demonstrada a relativização erigida pela Lei 13.260/2016 em face dos elementos inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como do devido processo legal substancial e do princípio da ofensividade regente da matéria penal.

Levando em conta que tais relativizações culminam num próprio estado de inconstitucionalidade material da Lei Antiterrorismo brasileira em confronto com a Constituição Federal de 1988, figuram como possíveis soluções para viabilizar a repressão ao terrorismo em sede de legislação infraconstitucional brasileira: a ação direta de inconstitucionalidade ou, não sendo este operado, o controle incidental, bem como a alteração legislativa, ambos em face da Lei 13.260/2016 – dessa vez atenta aos princípios, direitos humanos e liberdades constitucionais violados.

Em tal mister, será determinante o papel do Judiciário na ressignificação do diploma normativo em questão, reestabelecendo, novamente, a proteção aos direitos humanos e às liberdades constitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 1.511-MC, julgamento em 16-1=-1996, Plenário, DJ de 6-6-2003.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito penal diferenciado**. Tradução: Editorial Studium, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)>. Acesso em 18 abr. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.html)> Acesso em 18. abr. 2016.

- BRASIL. Lei federal nº 7.170/1983 de 14 de dezembro de 1983. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm)>. Acesso em 18 abr. 2016.
- BRASIL. Lei federal nº 13.260 de 13 de março de 2016. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm)>. Acesso em 20 abr. 2016.
- CALLEGARI, André Luis; LINHARES, Raul Marques. Terrorismo: Uma aproximação conceitual. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBC-Crim)** a. 23. n. 115. jul./ago. Revista dos Tribunais: 2015.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CLIFFORD, William. Terrorismo. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 17. n. 60. abr./jun. 1980.
- COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- DUFFY, Helen. *The War On Terror and The Framework of International Law*. United States of America by Cambridge University Press, New York: 2006. Disponível em <http://s1.downloadmienphi.net/file/downloadfile4/206/1392178.pdf>. Acesso em: 30. abr. 2016.
- FILHO, Marcilio Toscano Franca; FIGUEIREDO, Celso Henrique Cadete. As tendências do terrorismo internacional e os desafios constitucionais brasileiros. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen in einiuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**, Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Medidas compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. trad. Gilmar Mendes. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1991.
- HOBBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções. 1789-1848**. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- HOYIOS, Arturo. **La garantía constitucional del debido proceso legal**. Revista de Proceso. a. 12. n. 47. jul./set. 1987.
- KANT, Immanuel; **Para a paz perpétua**: estudo introdutório – Joám Evans Pim. Trad. Bárbara Kristensen.– Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, (Ensaio sobre Paz e Conflitos; v. 5. 2006.
- LEMONS, Bruno Espiñeira. **Discussões atuais de direito penal**: relato de uma breve experiência na Alemanha. Curitiba: Letra da Lei, 2014.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: **Leituras complementares de processo civil**. 4. ed. rev. e atual. Jus Podivm: 2006.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2014.
- MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: USP, 2008. p. 67. Disponível em <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>> Acesso em: 01. mai. 2016.
- PETERKE, Sven. Obrigações internacionais para a criminalização do terrorismo e modelos de implementação – principais opções para o legislador brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. a. 51. n. 204. out/dez. 2014. p. 109-119. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509930/001032258.pdf?sequence=1>> Acesso: em 30. abr. 2016.
- PILATTI, Adriano. Entrevista concedida ao Movimento dos Trabalhadores Rurais e Sem Terra. Disponível em: <<http://www.mst.org.br/2016/03/03/a-tipificacao-de-crime-de-terrorismo-no-brasil-a-perversidade-da-lei-e-a-sua-propria-criacao-entrevista-especial-com-adriano-pilatti.html>> Acesso em: 04/05/2016.
- PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito penal e estado democrático de direito**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. Poder Judiciário e os Direitos Humanos. In: **Revista da USP**. n. 101. p. 99-112. mar. abr. mai. São Paulo: 2014.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. In: **Revista dos Tribunais**. a. 89. v. 771, jan. 2000.

- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- REALE JR. Miguel. Constituição e direito penal: 20 anos de desarmonia. In: **Revista de Informação Legislativa**. a. 45. n. 79. jul/set. 2008.
- \_\_\_\_\_. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROXIN, Claus. O Conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alair Leite. In: **Revista dos Tribunais** .a. 101. v. 922. ago. 2012.
- SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.
- SANTOS, Milton. **Técnica, espaço, tempo: globalização e meio técnico-científico e informacional**. São Paulo: Hucitec, 1994.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVEIRA, Renato Jorge de Mello. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermaßverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermaßverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, v. 80, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TUTIKIAN, Cristiano. Prevenção geral positiva e proteção de bens jurídicos. In: *Revista de Informação Legislativa*. a. 45. n. 177. jan./mar. 2008. p. 251. Disponível em <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160327/Preven%C3%A7%C3%A3o\\_geral\\_positiva\\_177.pdf?sequence=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160327/Preven%C3%A7%C3%A3o_geral_positiva_177.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 01. mai. 2016.
- YOUNG, Reuven. Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law and Its Influence on Definitions in Domestic Legislation. In: *29 B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 23 (2006). Disponível em <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol29/iss1/3>> Acesso em: 30 abr. 2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos em América Latina**. Buenos Aires: De Palma, 2 v. V 1. 258 p. V. 2. 461, 1984.

## Capítulo VIII

# Calúnia contra a Presidente da República: a tensão entre o exercício da liberdade de expressão e a tutela da honra

*Selma Pereira de Santana\**

**RESUMO:** Com a elaboração do presente artigo procuramos analisar questões pertinentes ao exercício da liberdade de expressão, instrumento absolutamente necessário ao pleno exercício da cidadania, e direito fundamental consagrado pela Constituição Federal, como manifestação própria e típica de um estado democrático de direito, bem como as ofensas à honra objetivados Chefes do Poder Executivo. A partir daí, buscamos estabelecer uma linha demarcatória até onde se estende a conduta autorizada e amparada constitucionalmente, a ponto de se afastar a tipicidade material de uma falsa imputação, e a partir da qual estaremos diante de uma conduta criminosa com capacidade para gerar responsabilização penal. Quanto aos aspectos

---

(\*) Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2006). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais por esta última Faculdade (2002). Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1984). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia, FESMIP. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito – FFD. Especialização em Processo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Possui curso Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Georg-August UniversitätGöttingen, GAUG – Alemanha. Promotora do Ministério Público Militar da União. Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação e Pós-Graduação). Coordenadora do Grupo de Pesquisas Justiça Restaurativa (cadastrado pelo CNPq), Membro do Conselho Científico do Boletim da Escola Superior do Ministério Público da União. Membro da Câmara de Desenvolvimento Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Membro do Colegiado do Programa da Pós-Graduação em Direito PPGD/UFBA. Parecerista do Corpo de Especialistas da Editora da Universidade Federal da Bahia (EDUFBA). Integrante do Cadastro Nacional e Internacional de Avaliadores do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Parecerista da Revista Brasileira de Direito. Parecerista da Revista de Estudos Empíricos em Direito. Possui experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Penal e Direito Penal Militar. Endereço eletrônico: selmade-santana@gmail.com

metodológicos empregados, utilizamos a pesquisa teórica, realizada através de análise de conteúdos de doutrina, legislação e jurisprudência, envolvendo revisão bibliográfica e pesquisa documental. Procuramos desenvolver um raciocínio dedutivo, para, fixadas as premissas gerais, alcançar-se, via procedimento lógico-dedutivo, as conclusões obtidas ao final do trabalho.

**ABSTRACT:** SLANDER AGAINST THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC: THE TENSION BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND PROTECTION OF HONOR – Through the preparation of the present article, we intend to analyze issues concerning the exercise of freedom of expression – an instrument that is absolutely necessary to the full exercise of citizenship, and a fundamental right enshrined by the Federal Constitution, as a typical manifestation of a democratic State of law, and the offenses to the objective honor of Executive Heads. From this point, we seek to establish a boundary line to understand to what extent the conduct is authorized and supported by the Constitution, being able to push away the substantial adequation of a false imputation, and from which we will be facing a criminal conduct capable of generating criminal responsibility. As for the methodological aspects employed, we used the theoretical research, carried out through teaching content analysis, legislation jurisprudence, including bibliographic review and documental research. We seek to develop a deductive reasoning, so that once the general assumption have been fixed, we can achieve via logical-deductive procedure, the conclusions reached at the end of this work.

**PALAVRAS-CHAVE:** liberdade de expressão; direito fundamental; honra; calúnia.

**KEY-WORDS:** freedom of expression; fundamental right; honor; slander.

## INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira tem sido marcada, desde maio de 2013, por diversas manifestações populares de caráter contestativo e reivindicatório. As manifestações sociais, em vias públicas, como nas redes sociais, que aconteceram e as que tem acontecido, continuam a render debates, análises e preocupações, sobretudo, quando se tem em vista as tensões entre os direitos fundamentais e supraindividuais que comumente implicam. É corriqueiro acontecer, no âmbito das discussões que integram um Estado Democrático de Direito, que manifestações públicas feitas por cidadãos ou até mesmo pela imprensa, atribuam imputações criminosas a membros do Poder Executivo ou Legislativo.

Como exemplos mais recentes, temos a Ação Penal 470/STF, quando frequentes imputações criminosas foram realizadas publicamente em desfavor de Luiz Inácio Lula da Silva, presidente da República na época em que os fatos foram praticados. Ainda, no que se refere à “Operação Lava Jato”, o alvo das ofensivas populares tem sido a atual mandatária -Dilma Rousseff.

Ocorre, contudo que, e este é o problema enfrentado neste artigo, vamos supor que, e isso apenas para efeito de análise, os supra-aludidos mandatários não tenham, na realidade, qualquer responsabilidade criminal quantos aos fatos a ele atribuídos e que, por fim, estejam sendo feitas falsas imputações criminosas específicas em relação a cada um deles, restando caracterizado, pois, crime de calúnia, previsto no artigo 138 do Código Penal, perceberíamos, assim, uma tensão entre a tutela penal da honra do Presidente da República e o direito fundamental da livre manifestação do pensamento.

Utilizamos a pesquisa teórica, realizada através de análise de conteúdo de doutrina, legislação e jurisprudência, envolvendo revisão bibliográfica e pesquisa documental. Desenvolveu-se, assim, o raciocínio dedutivo, para, fixadas as premissas gerais, alcançar-se, via procedimento lógico-dedutivo, as conclusões obtidas ao final do trabalho.

Fixado o problema, que questões deveriam ser abordadas? Portanto, o objetivo desse trabalho é buscar demonstrar que se a Carta Federal tendo consagrado a tutelada livre manifestação do pensamento, como manifestação própria e típica de uma estrutura democrática, até onde esse direito se irradia para alcançar a conduta, supostamente caluniosa, e afastar a tipicidade material da falsa imputação feita contra os Chefes do Poder Executivo?

Iniciaremos realizando uma abordagem sobre o direito fundamental da livre manifestação de pensamento, ou seja, da liberdade de opinião, consagrado no artigo 5º, IV, da Constituição Federal; em seguida, faremos uma exposição do tratamento atual dado ao crime de calúnia, sob as óticas legal, dogmática e jurisprudencial; e, por fim, estabelecidas essas premissas, enfrentaremos o problema de procurar estabelecer o limite entre o exercício da liberdade da expressão e a tutela da honra do Mandatário legal maior do país, demonstrando em que circunstância o crime pode ser concretizado, como ainda, que a supressão do procedimento

incidental da exceção da verdade, na hipótese, não pode significar uma sentença condenatória para quem realizou a imputação, exatamente porque todos os demais meios de prova, não vedados em lei, podem ser utilizados para demonstrar a atipicidade do fato que lhe é imputado.

## 1. A CONFIGURAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL EM CAUSA

Verifica-se que muito caminhou a Ciência do Direito Constitucional até alcançar o estágio de reconhecimento dos direitos fundamentais de quarta geração, com determinações rígidas ao respeito dos direitos humanos inerentes à democracia, ao pluralismo e a informação. Os direitos e garantias fundamentais consagrados, atualmente, pelos corpos legislativos, tratam-se de direitos cuja concretização pressupõe comportamento deliberadamente comissivo por parte do Estado.

Embora tenham sido os direitos de caráter prestacional aqueles que, de certa forma pioneira, exigiram que o Estado se afastasse do *laissez-faire laissez-passer*, a natureza dos direitos fundamentais de terceira e quarta gerações impôs a persistência de modelo de sociedade política igualmente comprometida com a efetivação dos direitos da coletividade e com a busca da isonomia substancial. Se é assim, torna-se evidente que o abstencionismo<sup>12</sup> estatal se põe em rota de colisão com a concretização dos direitos fundamentais atuais<sup>3</sup>.

- 
1. Tratamento específico deve ser conferido à tutela das liberdades de reunião e de manifestação. Ela pressupõe uma obrigação estatal negativa de não intromissão, como, ainda, um dever positivo de proteção diante de eventuais intromissões de terceiros.
  2. A favor da adoção pelo Estado de uma postura mais ativista no campo comunicativo, voltada não para a repressão de ideias e pontos de vista enjeitados pelos governantes ou pela maioria – o que seria absolutamente incompatível com os princípios mais caros a um Estado Democrático de Direito –, mas para a efetiva pluralização do espaço público, ou, para usar o expressivo lema do movimento nacional das rádios comunitárias, “para dar voz a quem não tem voz”, SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico. N.º 16 – maio / junho / julho / agosto de 2007 – Salvador – Bahia. Disponível em: <[http://www.direito-publico.com.br/pdf\\_seguro](http://www.direito-publico.com.br/pdf_seguro)>. Acesso em: 11 out. 2015.
  3. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**: atualizado até a EC nº 64, de 4 de fevereiro de 2010 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/022010 (com



No modelo sócio-político do Estado brasileiro, a importância dos interesses coletivos passou a ser considerada na medida de sua vinculação à vida e ao desenvolvimento dos cidadãos. Isso teve, como desdobramento necessário, o reconhecimento do pluralismo político, como uma de suas bases, a determinar o respeito aos diversos interesses e valorizações no âmbito social, ainda que eles correspondam aos de grupos minoritários.

Sob essa perspectiva, revela-se a importância da liberdade de manifestação do pensamento, reconhecida no atual texto constitucional e em inúmeros textos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil<sup>4</sup>. A liberdade de manifestação é tão fundamental em qualquer regime que se pretenda democrático<sup>5</sup>.

Acrescente-se a isso, o fato de estarmos inseridos em uma cultura denominada como pós-moderna<sup>6</sup>, marcada pelos signos da indeterminação, rebeldia, aleatoriedade, fragmentação e pluralismo<sup>7</sup> e em uma sociedade da informação, onde a hiperconectividade constitui uma das suas principais características. Esses traços são claramente perceptíveis no

---

comentários às Leis 11.417/06, Súmula Vinculante, e 11.418/06, repercussão geral de questões constitucionais). 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.638.

4. Não ignoramos, todavia, as distinções relevantes entre as diversas formas de liberdades, nem as suas repercussões sobre os respectivos regimes jurídicos. Sobre estas distinções no sistema constitucional brasileiro, veja-se Edilson Farias. **Liberdade de Expressão: Teoria e Proteção Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 52-57.
5. MACHADO, Jónatas E.M. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 255-268.
6. “No mundo moderno, notoriamente instável e constante apenas em sua hostilidade a qualquer coisa constante, a tentação de interromper o movimento, de conduzir a perpétua mudança a uma pausa, de instalar uma ordem segura contra todos os desafios futuros, torna-se esmagadora e difícil” (BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Traduzido por Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.p. 21.)
7. Jacques Chevallier faz algumas ressalvas à cultura da pós-modernidade: a) a suposição de estabilização desse novo estágio; b) a afirmação de que a sociedade pós-moderna teria substituído, totalmente, a sociedade moderna; c) a adesão global- já que o processo de globalização exerce pouca ou nenhuma implicação nas sociedades extremamente diferentes (**O Estado Pós-Moderno**. Traduzido por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 20).

campo dos meios de comunicação e manifestação de opinião, através da transmissão de notícias em tempo real. O desenvolvimento de inovadores mecanismos de comunicação e expressão tem possibilitado, especialmente no âmbito dos Estados Democráticos, a proliferação de opiniões e manifestações que, em inúmeras situações, são questionadas quanto ao respeito à dignidade e à honra das pessoas, sejam físicas ou jurídicas. Em decorrência disso, abrem-se possibilidades reais de lesão a bens jurídicos relacionados a essas ações comunicativas, como por exemplo, à honra.

O direito à liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência. A pessoa humana traz em si a condição de ser livre. Livre para fazer. Livre para pensar.

Não faltam na Constituição preceitos protegendo a liberdade de expressão. Temos, no art. 5º, a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), e o direito ao acesso à informação e a garantia do sigilo da fonte (inciso XIV). Não bastasse, o constituinte ainda consagrou, em um capítulo específico do texto magno, a “comunicação social”, em que repetiu a garantia da liberdade da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação (art. 220, caput), proibiu a edição de leis contendo embaraço à liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º), e, ainda, vedou qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220, § 2º). Esta insistência demonstra a enorme importância atribuída a este direito fundamental no sistema constitucional brasileiro.

No que se refere à liberdade de expressão, sabe-se que sua consagração, como direito fundamental constitui uma das essências do Estado Democrático de Direito, representando um significativo direito de personalidade e atuando como alicerce da prática da democracia. Assim, a liberdade de expressão pode ser compreendida sob vários aspectos, dentre eles: como liberdade de opinião, liberdade de divulgação de fatos, liberdade de informação, liberdade de comunicação; podendo se manifestar por palavras, pela mímica e outros modos de expressão corporal, abrangendo, portanto, uma série diversificada de atividades, manifestadas desde a coleta de informações até a utilização e proteção dos meios

para que ocorra<sup>8</sup>. Dessa forma, considerado num sentido amplo, o direito à liberdade de expressão compreende um conjunto de direitos fundamentais denominados genericamente de liberdades comunicativas ou liberdades da comunicação.<sup>9</sup>

A liberdade de opinião ou pensamento<sup>10</sup> consiste no direito de exprimir o que se pensa. É a liberdade de expressar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa ou alguém. A Constituição Federal consagra a liberdade de manifestação do pensamento sob qualquer forma, processo ou veículo, sendo vedado, contudo, o anonimato (art. 5º, IV) e toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §2º). O direito de cada um de expressar suas opiniões e de ouvir aquelas expostas pelos outros significa uma dimensão essencial da dignidade humana. Privar o indivíduo destas faculdades é comprometer a sua capacidade de realizar-se e de desenvolver-se como pessoa humana. Trata-se, portanto, de uma das mais graves violações à autonomia individual que se pode conceber, uma vez que a nossa capacidade de comunicação com o outro é certamente um dos aspectos mais essenciais da nossa própria humanidade.

Afirmando que dois valores devem ser considerados para o perfeito entendimento do direito de opinião, Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>11</sup>, sustenta serem eles os valores da indiferença e da exigência. Segundo o primeiro, o direito de opinião se exterioriza pela garantia da neutralidade,

- 
8. BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de expressão e direito à honra**: uma abordagem no direito brasileiro. Joinville: Bildung, 2010, p. 81, 83-85
  9. MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 371.
  10. Neste sentido ver: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.p. 665. Para o autor, enquanto o “direito de opinião” consiste na liberdade de manifestação do pensamento, ou seja, de externar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa, o “direito de expressão” é o direito de manifestação das sensações, sentimentos ou criatividade do indivíduo, tais como a pintura, a música, o teatro e a fotografia.
  11. *Apud* SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**: atualizado até a EC nº 64, de 4 de fevereiro de 2010 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/022010 (com comentários às Leis 11.417/06, Súmula Vinculante, e 11.418/06, repercussão geral de questões constitucionais). 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.674.

ou seja, pela garantia de que a opinião não será levada em conta para discriminar ou para se oferecer tratamento diferenciado ao indivíduo. Assim, quando se cogita desse valor, impede-se que se incuta na pessoa o receio de manifestar a opinião diante do possível tratamento desfavorável que o fato possa lhe acarretar; de acordo com o segundo valor, o da exigência, o direito de opinião implica ao direito de exigir do Estado o respeito ao pensamento manifestado, para efeito de se eximir o cidadão de uma obrigação geral incompatível com sua opinião, com suas convicções.

Vale a pena recordar que o Estado brasileiro se propõe a ser democrático e de direito e, nessa perspectiva, o sistema constitucional protege o direito de opinião, como instrumento de concretização da democracia, haja vista que a inexistência de viabilidade de opiniões em confronto é algo incompatível com essa proposta.

Todavia, é perfeitamente admissível o controle judicial dos efeitos danosos ocasionados à pessoa após o exercício legítimo do direito de opinião, ou seja, assim como o direito de opinião se manifesta para impedir que o seu exercício legítimo implique agravo à situação jurídica de quem se pronunciou, contingentes excessivos poderão determinar a responsabilização penal (exceção feita aos parlamentares em razão da imunidade) e civil do autor, nessa última hipótese quando a manifestação do direito à crítica redundar em efetivo prejuízo à pessoa.

## **2. O CRIME DE CALÚNIA: ALGUNS CRITÉRIOS DE DELIMITAÇÃO ONTOLÓGICA**

Previsto no artigo 138 do Código Penal, o crime de calúnia visa proteger a reputação<sup>12</sup> do indivíduo, o conceito que os demais membros da sociedade têm a respeito dele, no que se refere a seus atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais<sup>13</sup>.

---

12. Ou como chamam alguns a “honra objetiva”. Alguns autores não concordam com a separação entre honra objetiva e honra subjetiva, pois entende que ela é limitada, imprecisa e superficial, uma vez que não atinge a essência do bem jurídico, uma vez que a honra constitui algo imaterial inerente à personalidade.

13. Há quem defenda a existência de conceitos fático, normativo e social da honra. O conceito fático identifica essencialmente a honra com o próprio sentir ou autoestima e

Calúnia vem a ser a imputação falsa a alguém de fato definido como crime; é fazer uma acusação falsa, tirando a credibilidade de uma pessoa nomeio social<sup>14</sup>. Para tanto, são previstas duas condutas típicas: imputar falsamente (*caput*); e propalar ou divulgar, isto é, tornar público (§1º).

Na primeira previsão típica de imputar, falsamente, fato definido como crime, precisam estar presentes, concomitantemente, os seguintes requisitos:

- a) imputação de fato determinado qualificado como crime;
- b) falsidade da imputação;
- c) *animus caluniandi*.

A imputação, nesta hipótese, deve referir-se a fato determinado, sendo insuficiente, por exemplo, afirmar que a vítima roubou ou furtou. Impõe-se sejam individualizadas as circunstancias identificadoras do fato, é necessário que o agente narre um fato, ou seja, uma ocorrência específica<sup>15</sup>, contendo autor, situação e objeto embora não sejam necessários detalhes minuciosos que, muitas vezes, poderão surgir no decorrer

---

com a boa reputação exterior; segundo conceito normativo, aceito de forma majoritária na Alemanha, a honra é o valor do prestígio de uma pessoa a ser respeitado socialmente, contanto que não tenha sido rebaixado por ela mesma; e por fim, de acordo com o conceito social, sustentado por Jakobs, a honra será a atribuição ou imputação atribuída a uma pessoa, entendida como merecedora de tal reputação. Através desse último conceito a proteção da honra passa a cumprir uma função pública que serve ao sistema, à sociedade (ZACZYK, Rainer. La lesión honor de la persona como lesión punible. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. Ano 17, nº 77, março-abril. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137-138).

14. Para Guilherme de Souza Nucci, a calúnia nada mais é do que uma difamação qualificada (**Manual de Direito Penal**. 10. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.648).
15. "STJ - AÇÃO PENAL APn 571 AL 2009/0080484-3 (STJ). Data de publicação: 17/06/2011 - **Ementa**: AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA-CRIME. CALÚNIA E INJÚRIA. OFENSAS À HONRA CONSIGNADAS EM RAZÕES DE DEFESA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO PERANTE O CNJ. CALÚNIA NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO DE FATO ESPECÍFICO. PRESCRIÇÃO DO CRIME DE INJÚRIA. 1. "Não resta caracterizado o crime de calúnia se não há imputação de fato específico definido como crime". Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=N%C3%A3o+resta+caracterizado+o+crime+de+cal%C3%BAnia>>. Acesso em: 12 out. 2015.

da própria investigação. Não é indispensável que se afirme categoricamente<sup>16</sup> a imputação do fato, uma vez que se pode caluniar colocando em dúvida a sua autoria, questionar a sua existência, supô-lo duvidoso ou até mesmo negar-lhe a existência (calúnia equívoca ou implícita).

Para configura a calúnia, ainda sob a égide da primeira hipótese é indispensável que a imputação não corresponda à verdade. O fato, além de falso, deve ser definido como crime. A falsidade tanto pode referir-se ao fato em si como à autoria. Presume-se a falsidade até que se prove em contrário. Se o fato é verdadeiro, fica completamente afastada a ideia de crime, mesmo naquelas hipóteses normativas em que nos se admite a exceção da verdade, por faltar-lhe a elementar típica da falsidade.

E mais, é necessário o *animus caluniandi*, dolo de dano, que é constituído pela vontade consciente de caluniar a vítima, imputando-lhe a prática de fato definido como crime, de que o sabe inocente<sup>17</sup>. Na figura

- 
16. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**2. Parte especial: dos crimes contra a pessoa. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 320. Segundo o autor, há, ainda, a calúnia reflexa, quando, por exemplo, imputa-se, falsamente, a alguma autoridade ter aceitado suborno (corrupção passiva). Assim, o terceiro que teria oferecido a propina também é, reflexamente, vítima de calúnia (corrupção ativa).
  17. Caminham nesse mesmo sentido inúmeras decisões dos tribunais em relação à caracterização do crime de calúnia perpetrado através das redes sociais, a exemplo, do facebook. Por intermédio dessa rede, os comentários tornam-se imediatamente visíveis a todos os integrantes da “comunidade” ao quais, além de “curti-los”, costumam fazer, imediatamente, novos comentários. Esse imediatismo tem disso interpretado, como algo que implica que esses comentários não sejam pensados, refletidos e, por isso, são produzidos de forma inopinada, no mais das vezes, decorrentes de “incontinência verbal”. STJ – AÇÃO PENAL APn 724 DF 2013/0327885-8 (STJ). **EMENTA:** “AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. GOVERNADOR DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. QUEIXA-CRIME. INÉPCIA. CRIMES CONTRA A HONRA. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO INTENTO POSITIVO E DELIBERADO DE LESAR A HONRA ALHEIA. ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA EVIDENCIADA DE PLANO. DECADÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL PRIVADA. RENÚNCIA PARCIAL AO DIREITO DE QUEIXA (QUE A TODOS SE ESTENDE, EM FACE DO MENCIONADO PRINCÍPIO, NA AÇÃO PENAL PRIVADA). EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. REJEIÇÃO INTEGRAL DA QUEIXA. I. Se o querelante se limita a transcrever algumas frases escritas pelo segundo querelado, em sua “linha do tempo” da rede social facebook, sem mais esclarecimentos, impedindo uma análise do elemento subjetivo da conduta, a peça inaugural falece de um maior delineamento do fato criminoso e suas circunstâncias, sendo inepta. II. Na peça acusatória por crimes contra a honra, exige-se demonstração mínima do intento positivo e deliberado de lesar a honra alheia. (...)”. Disponível em:

do caput, o dolo pode ser direto ou eventual. Dessa forma, se o indivíduo está convencido de que a imputação é verdadeira, não responderá pelo crime, uma vez que incorre em erro de tipo incidente sobre uma elementar do tipo, a falsidade. A certeza de que a imputação é verdadeira impede a configuração do dolo.

Não existe o crimes e o fato é produzido como decorrência de incontinência verbal<sup>18</sup> decorrente de acirrada discussão, quando o que se fala irrefletidamente e sem avaliação do conteúdo que encerram. Também há entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência que o crime não ocorre, se o fato ofensivo ou o insulto seja proferido fora do contexto da específica vontade de conspurcar a reputação alheia ou o amor próprio da vítima. Estariam nesse âmbito as brincadeiras<sup>19</sup>, embora de mau gosto, as narrativas reputadas como simples fofocas, os relatórios feitos em locais de trabalho, os depoimentos prestados em juízo emitindo opiniões, etc.

Importa ressaltar quando o crime for cometido pela imprensa, tem-se entendido, com fulcro em orientação do STF, que a Lei de Imprensa<sup>20</sup> (Lei 5.250/1067) não foi recepcionada pela Constituição Federal, razão

---

<[www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CRIME+CONTRA+A+HONRA+\(CALÚNIA%2C+DIFAMAÇÃO+E+INJÚRIA\)>](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CRIME+CONTRA+A+HONRA+(CALÚNIA%2C+DIFAMAÇÃO+E+INJÚRIA)>). Acesso em: 16 out. 2015.

18. TJ-PR – Apelação Crime : ACR 1772241 PR Apelação Crime – 0177224-1. APELAÇÃO CRIMINAL – PEDIDO DE EXPLICAÇÕES EM JUÍZO (CP, ART. 144)– INICIAL INDEFERIDA DE PLANO COM RESPALDO NO ART. 142, I, DO CÓDIGO PENAL – INAPLICABILIDADE DO DISPOSITIVO INVOCADO AO DELITO DE CALÚNIA – PRECEDENTES DO STF E STJ – NÃO CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE CALÚNIA – RECURSO DESPROVIDO. "(...) Não haverá calúnia se o fato for verdadeiro e ainda cumpre salientar que, consoante entende nossa jurisprudência, não há calúnia, por ausência do elemento subjetivo do delito, se é fruto de incontinência verbal e provocada por explosão emocional no decorrer de acirrada discussão". Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4675979/apelacao-crime-acr-1772241/inteiro-teor-11346022>>. Acesso em: 12 out. 2015.
19. Entendendo em sentido contrário, Guilherme Nucci, para quem a ninguém é dado o direito de atingir a honra alheia, a pretexto de fazer pihéria, narra fato, corrigir ou aconselhar, e depois pretender que na sua conduta não havia o menor intuito de ofensa. (*op. cit.* p. 648)
20. Precedente do STF: ADFP 130-DF, DJe 6/11/2009; do STJ: CC 29.886-SP, DJ 1º/2/2008. Disponível em: <https://divisaoinformativos.wordpress.com/category/penal-parte-especial/calunia/>. Acesso em: 12 out. 2015

pela qual, nos crimes contra a honra, aplicam-se as normas da legislação penal comum, quais sejam, o artigo 138 e seguintes do Código Penal e o artigo 69 e seguintes do Código de Processo Penal.

Na segunda previsão típica da propalação da calúnia, ela consiste em levar ao conhecimento de outrem, por qualquer meio, a calúnia, que, de alguma forma, tomou conhecimento. O agente não cria a imputação falsa, ele a leva adiante, por dolo direto, sabendo que ela é falsa. A conduta de propalar limita-se, em tese, ao relato verbal, à comunicação oral e, por isso, circunscreve-se a uma esfera menor; a conduta de divulgar tem uma abrangência mais ampla, significa tornar público, por qualquer meio, a calúnia. Essa forma de conduta pode criar uma cadeia através da qual se amplia a divulgação do fato caluniador.

Ainda esta hipótese, a consciência da falsidade deve ser atual, desse modo, quem, na dúvida, não se abstém, assume o risco de ofender o bem jurídico protegido. Estratégias como “ouvi dizer”, “comentam”, “falamos por aí”, etc. não tem o condão de afastar o crime.

Consumam-se as duas hipóteses quando o conhecimento da imputação falsa chega a uma terceira pessoa, ou seja, se cria a condição necessária para lesar a reputação da vítima<sup>21</sup>.

Aspecto interessante e relevante para o problema aventado diz respeito à exceção da verdade, que significa a possibilidade que tem o indivíduo de poder provar a veracidade do que foi imputado (artigo 141, §3º, do Código Penal), através de procedimento especial (artigo 523 do Código de Processo Penal). Provada pelo agente que a imputação é verdadeira, não há que se falar em calúnia.

A calúnia admite exceção da verdade, salvo em três hipóteses, sendo que uma delas atinge diretamente o tema sob análise: se o fato for

---

21. Vale à pena trazer à colação, ainda que indiretamente ligado ao tema, notícia de que a Câmara dos Deputados prepara um projeto de lei para acelerar a identificação e a punição de pessoas que criam páginas ofensivas contra parlamentares na internet. O texto, alterando o marco civil da internet no Brasil (Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, artigos 18 e 19), busca responsabilizar criminalmente tanto os usuários, os responsáveis pela página, quanto os provedores, portais e redes sociais que hospedam esses sites. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/camara-quer-punir-quem-fala-mal-de-politico-na-internet/>. Acesso em: 16 out. 2015.



imputado contra o presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro (artigos 138, §3º, II, e 141, I, do Código Penal).

Através desta exceção, a norma busca proteger o cargo e a função do mais alto mandatário do país e dos chefes de governos estrangeiros. A imputação de fato criminoso, mesmo verdadeiro, vilipendiaria a autoridade que desempenha e exporia essa autoridades a uma condição de vulnerabilidade incompatível com a grandeza do seus cargos.

Ademais, convém ressaltar que, se o crime contra o presidente da República foi praticado por motivação política, configura crime contra a segurança nacional (artigos 2º, I, c/c o 26 da Lei 7.170/83); se não houver essa motivação, será crime comum.

De acordo com entendimento majoritário da doutrina brasileira, em não sendo admitida a exceção da verdade, a falsidade da imputação é presumida, assim, mesmo sendo verdadeira a imputação, configura-se o crime de calúnia<sup>22</sup>, o que termina por incidir numa espécie de responsabilidade penal objetiva, e mais, a proibição não cria uma nova figura típica do crime de calúnia, tampouco elimina uma elementar normativa do crime, uma vez que a calúnia sempre será uma imputação falsa.

Para melhor compreender a vedação da exceção da verdade, quando o fato definido como crime for imputado ao presidente da República<sup>23</sup> ou a chefes de governos estrangeiros, mister se faz serem avaliados dois aspectos: sob uma perspectiva instrumental, a impossibilidade de o autor da imputação provar que a mesma é verdadeira, e não falsa; e sob uma perspectiva material, no sentido de que não se pode esquecer que a conduta do imputante, para constituir crime de calúnia, deve se adequar ao previsto no artigo 138 do Código Penal, independentemente

---

22. Neste sentido, Néelson Hungria: “nos casos excepcionais em que é vedada a *exceptio-veritatis*, tem-se de reconhecer que a calúnia é a simples imputação de fato definido como crime, pouco importando se falsa ou verdadeira” (**Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. V. 6.p 64.)

23. É conhecida a complexidade constitucional para o processo criminal contra o presidente da República – dependente de autorização da Câmara Federal e sujeito à competência originária do Supremo Tribunal Federal (crimes comuns) ou do Senado Federal (crimes de responsabilidade), conforme disposto o artigo 86, caput, da Constituição Federal.

dos meios de prova ou/e defesa que lhe sejam legalmente permitidos. A exceção da verdade constitui apenas um meio de prova e sua supressão não tem força de alterar a tipicidade do crime de calúnia.

O que queremos chamar a atenção é que essa proibição representa tão somente uma limitação aos meios de prova nesse crime, permanecendo, contudo, a necessidade de o Ministério Público demonstrar, no processo penal próprio, que o sujeito ativo imputou, falsamente, um fato definido como crime. A elementar “falsamente” continua a integrar a descrição típica, apenas o sujeito ativo não dispõe do procedimento especial, a exceção da verdade, para demonstrar que sua acusação não é falsa; deverá fazê-lo na ação penal, isto é, no processo de conhecimento.

Durante a instrução criminal, o acusado tem o direito de comprovar que a sua conduta de imputar ao presidente da República ou chefe de governo estrangeiro a autoria de um fato definido como crime é atípica, ou seja, não constitui crime, por não concorrer um dos elementos do tipo, qual seja, a falsidade da imputação.

Segundo Bitencourt<sup>24</sup>, como condená-lo, somente porque não lhe é permitido fazer uso de determinada prova – exceção da verdade –, quando todos os demais meios não vedados em lei podem demonstrar a atipicidade do fato que lhe é imputado? O direito de ampla defesa não lhe assegura o direito de comprovar, nos autos da ação criminal a que responde, que o fato que imputou à presidente é verdadeiro? Assim, se a imputação não é falsa, não é calúnia, e se não é calúnia, seu autor não infringiu a proibição contida no tipo penal.

Assim, admitir como caluniosa a imputação, nessas circunstâncias, afronta o princípio da reserva legal e cria uma estranha figura de “calúnia de fato verdadeiro”. Isso configura uma autêntica responsabilidade penal objetiva por fato não definido como crime.

Ainda a esse respeito, Juarez Tavares<sup>25</sup> acrescenta que essa restrição não tem fundamento e é incompatível com a Constituição, porque não

---

24. *Idem*, p. 332.

25. Anotações aos crimes contra a honra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 20, nº 94, janeiro-fevereiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 110.

envolve a estabilidade da ordem jurídica, mas, exclusivamente interesse político de preservação da confiança nos governantes. Não obsta à declaração de incompatibilidade dessa restrição com a Constituição a regra prevista nela mesma (artigo 86, §4º) no sentido de que o presidente da República não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções. A circunstância de o presidente da República não poder ser processado, durante o mandato, por fatos comuns ou praticados anteriormente, não pode impedir o exercício da ampla defesa e do contraditório, como direitos fundamentais do cidadão.

### **3. POR UMA TENTATIVA DE DELIMITAÇÃO ENTRE O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A TUTELA DA HONRA**

No âmbito das discussões políticas que acontecem em um Estado Democrático, não são poucas as imputações criminosas que, em manifestações realizadas em vias públicas, e, inclusive, em redes sociais, se dirijam contra o(a) Presidente da República.

A implementação do regime democrático pela Carta Federal de 1988 fez consagrar o direito à livre manifestação do pensamento, instrumento este absolutamente necessário ao pleno exercício da cidadania, através da participação na vida política do país. A estrutura democrática restaria seriamente comprometida se, no contexto atual, houvesse qualquer restrição incidente sobre o direito do indivíduo de se manifestar livremente a respeito da gestão do Estado. Sob essa perspectiva, a livre manifestação do pensamento constitui uma ferramenta necessária à preservação da própria democracia e do pluralismo de pensamentos e ideias a ela inerentes, como, ainda, um meio necessário ao próprio controle da atividade política.

Postos em conflito, pois, a tutela penal da honra do(a) presidente da República e o direito fundamental à livre manifestação do pensamento, resta-nos indagar se o referido direito fundamental tem o condão de afastar a tipicidade material da falsa imputação feita contra o(a) Chefe do Poder Executivo.

Acreditamos que, tanto o Direito Penal, quanto o Direito Constitucional congregam institutos e mecanismos capazes de oferecer respostas

para esse dilema, de forma a estabelecer o justo limite ao exercício da liberdade expressão num Estado Democrático de Direito.

Mister se impõe relevar que a compatibilidade constitucional da responsabilização criminal em casos de ofensa contra a honra apenas pode e deve ser apurada no caso concreto e não em tese em geral.

Deve-se levar em consideração, e de acordo com o pensamento de Jônatas Machado<sup>26</sup>, que a conotação do Direito Penal com a proteção do mínimo ético da vida social tende a configurar uma diminuição da incidência desse ramo num contexto em que as possibilidades de lesão aos direitos da personalidade são cada vez mais inevitáveis diante da existência, atualmente, de uma esfera desinibida, forte e aberta de discussão política. E, independentemente disso, enquanto o Direito Penal se ocupar da tutela do bom nome e da reputação, ele deve ser interpretado de acordo com a Constituição e com a efetivação das liberdades associadas à comunicação, ficando sua utilização reservada, apenas, aos casos mais graves.

Manuel Jaen Vallejo<sup>27</sup>, em pensamento singular, sustenta, numa perspectiva preliminar, que quando a liberdade de expressão é exercida na defesa de interesses coletivos legítimos ou com a finalidade de informação e crítica do agir político, deve-se resolver a colisão de direitos pelo plano objetivo e institucional dos princípios gerais e constitucionais, não cabendo o viés subjetivo, pautado nas ações pessoais concretas. O referido conflito de interesses deve ser resolvido sobre a base do princípio da ponderação, podendo o direito de liberdade de expressão, sob certas condições, possuir uma hierarquia superior ao direito à honra, operando, dessa forma como causa de justificação em relação ao respectivo tipo penal.

Assim, a liberdade de expressão, em seu sentido amplo, pode e deve operar como causa de justificação no âmbito dos crimes contra a honra, ainda na hipótese de não existência de dispositivo legal expresso, pois,

---

26. **Liberdade de Expressão:** Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.776.

27. **Libertad de expresión y delitos contra el honor.** Madrid: Colex, 1992. p. 234-235.

como direito fundamental, a liberdade de expressão goza também de efeitos justificantes. O reconhecimento constitucional da liberdade de expressão exige que seu conteúdo essencial seja respeitado pelas leis e, da mesma forma, pelo Código penal. Isso significa que, em casos de colisão de direitos, a liberdade de expressão pode ser invocada diretamente como causa de justificação, devendo atuar o princípio da ponderação de interesses como instrumento para resolver o conflito posto e fundamentar a justificação<sup>28</sup>.

Entendemos diferente. As manifestações contra o(a) Chefe do Poder Executivo, ainda que formalmente se apresente como crime de calúnia, não poderão ser abarcadas pelo Direito Penal nas hipóteses em que forem elas revestidas de conteúdo crítico-político. Nessa perspectiva, quando cidadãos atribuem envolvimento da presidente da República com a “Operação Lava-jato”, por exemplo, ainda que ela não tenha participado de qualquer fato criminoso, inexistente espaço para a caracterização material do crime de calúnia.

Tal se justifica porque, e com base no pressuposto lembrado por Jónatas Machado – que as possibilidades de lesão aos direitos da personalidade são cada vez mais inevitáveis diante da existência, atualmente, de uma esfera desinibida, forte e aberta de discussão política – existe um declarado conteúdo de indignação política em relação à circunstância de muitos crimes contra a Administração Pública terem sido perpetrados no âmbito da Cúpula do Poder Executivo. Governar em uma democracia significa também estar passível de receber críticas contundentes, ainda que ofensivas à honra.

Deparamo-nos com situação completamente diferente quando a calúnia dirigida contra o(a) presidente da República possui caráter predominantemente pessoal, sem qualquer conteúdo crítico-político<sup>29</sup>.

---

28. Paulo Henrique Burg Conti. Crimes contra a honra: uma análise da liberdade de expressão como causa de justificação. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/11.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2015.

29. No mesmo sentido, Olavo Evangelista Pezzotti. Calúnia em desfavor do Presidente da República: crime ou exercício democrático da livre manifestação de pensamento? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 23, nº 273, agosto/2015, p. 6-7.

Imaginemos, para tanto, a hipótese de um servidor do Executivo Federal, desejando unicamente atingir a imagem pessoal do(a) Chefe do referido Poder, divulgar, sabendo falsa a informação, que ele (a) teria desviado objetos de valor, tanto do Palácio do Planalto, quanto do Palácio da Alvorada, para sua residência particular, em outro estado.

Nesse sentido, o conteúdo normativo do artigo 138 do Código Penal só é compatível com a Carta Federal se for afastada qualquer interpretação que entenda, como crimes, críticas essencialmente políticas, ainda que imputem fatos criminosos ao Chefe do Poder Executivo.

Trazemos à colação, por oportuno, o artigo 26 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983) que dispõe:

Art. 26 – Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Parágrafo único – Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga.

Pode parecer paradoxal o conteúdo desse artigo com o que tem sido até então sustentado, contudo, essa lei foi recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio e, mesmo assim, ela não pode ser vista como ferramenta inviabilizadora do exercício da liberdade de manifestação.

Na realidade, esse artigo 26 da supramencionada lei só poderá incidir nos casos em que a conduta caluniosa tiver como objetivo não criticar o Governo ou seus agentes, mas sim, propagar dolosamente informações falsas, visando obter crises institucionais. Segundo sustenta Heleno Claudio Fragoso<sup>30</sup>, só se justificaria a aplicação da Lei de Segurança Nacional para a tutela da “segurança interna” se a ação fosse praticada com “propósito político-subversivo”. Dessa forma, para que a conduta caluniosa seja deslocada do Código Penal para a citada lei exige-se do agente um especial fim de agir, qual seja, atingir a estrutura do poder legalmente constituído para substituí-lo por meios ilegais, não bastando o simples

---

30. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. **O Estado de São Paulo**, 21/04/1983, p. 34.

desejo de ofender a honra do governante. Até porque o bem jurídico tutelado pelo artigo 26 é a segurança nacional.

Questão que ainda permanece em aberto é a de se a hipótese normativa prevista no artigo 138, §3<sup>o</sup>, II, do Código Penal (“Admite-se a exceção da verdade, salvo: II– se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n<sup>o</sup> I do art. 141 [‘contra Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro’]”) foi recepcionada pela Carta Federal. Há quem<sup>31</sup> sustente que a mesma não foi recepcionada por atentar contra o regime democrático.

De acordo com essa perspectiva, o exercício da liberdade de manifestação, em um estado democrático de direito, impediria a incidência do artigo 138, afastando, dessa maneira, a tipicidade material da conduta e, por via de consequência, a aplicação da exceção da verdade, procedimento especial que se tornaria desnecessário.

Entendemos de forma diferente, pois, como dissemos alhures, a falsa imputação de fato criminoso contra o (a) Presidente da República, imbuída de caráter predominantemente pessoal, constituir-se-á calúnia e, então, torna-se relevante questionar a compatibilidade do artigo 138, §3<sup>o</sup>, II, do Código Penal com a Constituição Federal. Ainda assim, deve prevalecer o pensamento de que inexistente incompatibilidade exatamente porque, como dissemos antes, a exceção da verdade constitui tão somente um meio de prova e sua supressão não tem a força de alterar a tipicidade do crime de calúnia.

Essa proibição representa, apenas, uma limitação aos meios de prova nesse crime, permanecendo, contudo, a necessidade de o Ministério Público demonstrar, no processo penal próprio, que o sujeito ativo imputou, falsamente, um fato definido como crime. A elementar “falsamente” continua a integrar a descrição típica, apenas o sujeito ativo não dispõe do procedimento especial, a exceção da verdade, para demonstrar que sua acusação não é falsa; deverá fazê-lo na ação penal, isto é, no processo de conhecimento.

---

31. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 387;

Durante a instrução criminal, o acusado tem o direito de comprovar que a sua conduta de imputar ao Presidente da República a autoria de um fato definido como crime é atípica, ou seja, não constitui crime, por não concorrer um dos elementos do tipo, qual seja, a falsidade da imputação.

## CONCLUSÃO

É indiscutível que a livre manifestação do pensamento constitui uma ferramenta necessária à preservação da própria democracia e do pluralismo de pensamentos e ideias a ela inerentes, como, ainda, um meio necessário ao próprio controle da atividade política.

Considerando que se impõe relevar que a compatibilidade constitucional da responsabilização criminal, em casos de ofensa contra a honra, apenas pode e deve ser apurada no caso concreto e não em tese em geral, concluímos que as manifestações contra o(a) Chefe do Poder Executivo, ainda que formalmente se apresentem como crimes de calúnia, não poderão ser abarcada pelo Direito Penal nas hipóteses em que forem elas revestidas de conteúdo crítico-político. Tal se justifica porque as possibilidades de lesão aos direitos da personalidade são cada vez mais inevitáveis diante da existência, atualmente, de uma esfera forte e aberta de discussão política. Governar em uma democracia significa também estar passível de receber críticas contundentes, ainda que ofensivas à honra.

Situação totalmente diferente ocorre quando a calúnia dirigida contra o(a) presidente da República possui caráter predominantemente pessoal, sem qualquer conteúdo crítico-político. Nesse sentido, o conteúdo normativo do artigo 138 do Código Penal só é compatível com a Carta Federal se for afastada qualquer interpretação que entenda, como crimes, críticas essencialmente políticas, ainda que imputem fatos criminosos ao Chefe do Poder Executivo.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Traduzido por Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.



- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 2**. Parte especial: dos crimes contra a pessoa. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de expressão e direito à honra**: uma abordagem no direito brasileiro. Joinville: Bildung, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Precedente do STF: ADPF 130-DF, DJe 6/11/2009; do STJ: CC 29.886-SP, DJ 1º/2/2008. Disponível em: <https://divisaoinformativos.wordpress.com/category/penal-parte-especial/calunia/>. Acesso em: 12 out. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Jusbrasil**. Apelação Crime: ACR 1772241 PR Apelação Crime – 0177224-1. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4675979/apelacao-crime-acr-1772241/inteiro-teor-11346022>>. Acesso em: 12 out. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jusbrasil**. Não resta caracterizado o crime de calúnia se não há imputação de fato específico definido como crime. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=N%C3%A3o+resta+caracterizado+o+crime+de+cal%C3%BAnia>>. Acesso em: 12 out. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Crimes contra a honra. **Jusbrasil**. Exigência de demonstração do intento positivo e deliberado de lesar a honra alheia. Disponível em: <[http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CRIME+CONTRA+A+HONRA+\(CALÚNIA%2C+DIFAMAÇÃO+E+INJÚRIA\)](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CRIME+CONTRA+A+HONRA+(CALÚNIA%2C+DIFAMAÇÃO+E+INJÚRIA))>. Acesso em: 16 out. 2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Congresso em foco**. Câmara quer punir quem fala mal de político na internet. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/camara-quer-punir-quem-fala-mal-de-politico-na-internet/>. Acesso em: 16 out. 2015.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Traduzido por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CONTI, Paulo Henrique Burg. Crimes contra a honra: uma análise da liberdade de expressão como causa de justificação. **Ebooks**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/11.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2015.
- CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Salvador: Juspodium, 2009.
- FARIAS, Edilson. **Liberdade de Expressão**: Teoria e Proteção Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. **O Estado de São Paulo**, 21/04/1983, p. 34.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 387;

- JAEN VALLEJO, Manuel. **Libertad de expresión y delitos contra el honor**. Madrid: Colex, 1992. p. 234-235.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. V. 6.
- MACHADO, Jónatas E.M. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. ver., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEZZOTTI, Olavo Evangelista. Calúnia em desfavor do Presidente da República: crime ou exercício democrático da livre manifestação de pensamento? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 23, nº 273, agosto/2015, p. 6-7.
- SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**. N.º. 16 – maio / junho / julho / agosto de 2007 – Salvador – Bahia. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro)>. Acesso em 11 out. 2015.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**: atualizado até a EC nº 64, de 4 de fevereiro de 2010 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/022010 (com comentários às Leis 11.417/06, Súmula Vinculante, e 11.418/06, repercussão geral de questões constitucionais). 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 20, nº 94, janeiro-fevereiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 110.
- ZACZYK, Rainer. La lesión honor de la persona como lesiónpunible. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 17, nº 77, março-abril. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137-138.

## Capítulo IX

# Responsabilidade civil do Estado na superlotação carcerária

*Tauana Fernandes Fontenelle\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Contribuições de Cesare Beccaria e Michel Foucault; 3. A finalidade e a previsão legal acerca do encarceramento: 3.1. A violação do artigo 88 da lei nº. 7.210/84; 4. A responsabilidade civil do estado na superpopulação carcerária: 4.1. Conceito e fundamentos da responsabilidade civil: culpa e risco; 4.2. Pressupostos: fato, nexo de imputação, dano, nexo causal e ilicitude; 4.3. Reparação do dano: dano material, dano pessoal e dano moral; 4.4. Causas excludentes da responsabilidade civil do estado; 5. A posição do supremo tribunal federal ante a responsabilidade civil do estado; 6. Considerações finais; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

A liberdade é uma necessidade do ser humano. Tempos atrás, o grupo social estabelecia regras de convivência e determinava o castigo que seria aplicado contra aquele que praticou atos contrários aos interesses do grupo. A aplicação de tais castigos não somente era questão de controle de ditas condutas não permitidas, mas também impedia condutas novas ou repetidas que colocariam em perigo a manutenção e a existência daquela comunidade. A partir daí surgem as penas, como manifestação do castigo socialmente imposto.

A palavra “pena” provém do latim *poena* e do grego *poiné* e tem como significado “castigo”, “punição”, “modo de repressão”, que é estabelecida

---

(\*) Especialista em Ciências Criminais pela JUSpodivm (2014), pós graduada em Direito Público e Privado pela Faculdade da Cidade do Salvador e Docência do Ensino Superior pelo CESAP. Advogada e Assistente jurídico da Procuradoria Geral do Município do Salvador – PGMS, com atuação na área de Direito Tributário e Direito Administrativo e orientadora particular de trabalhos científicos..

pelo Poder Público para a violação da ordem social e que se impõe ao transgressor de uma lei.

Para ser possível a convivência harmônica em sociedade, é imprescindível estabelecer regras básicas de comportamento, que devem ser legítimas e ditadas pelos poderes regularmente constituídos. Referindo-se concretamente às normas de natureza penal, cabe destacar o ***jus puniendi***, podendo ser entendido em sentido objetivo – quando o Estado cria normas penais, proibindo ou impondo determinado comportamento por meio de sanção – e, em sentido subjetivo, quando este mesmo Estado, através do Poder Judiciário, executa as suas decisões sobre quem tenha violado uma norma, cometendo infração penal, ou seja, um fato típico, ilegal e culpável.

Ao castigar um cidadão transgressor, o Estado envia uma mensagem à sociedade do poder coercitivo do Direito frente às normas de conduta. Entretanto, as normas sancionadoras, destinadas a disciplinar o comportamento humano, via cumprimento de pena, não devem deixar de reconhecer que estarão violando outros direitos ao sancionar. Entre eles, o direito à integridade física do preso, à vida, mesmo estando sob a tutela do cárcere. A responsabilidade de manter em equilíbrio o cumprimento de pena com dignidade humana recai sobre o papel do Estado. Este deve estabelecer políticas públicas setoriais, adequando-se, deste modo, à realidade carcerária pátria.

Diante do caos em que se encontra o sistema carcerário, alguns tribunais têm proferido sentenças não reconhecendo a possibilidade destes cidadãos em determinar ao Estado (Poder Executivo) obrigações de indenizar.

Em uma sociedade complexa como a brasileira, com tantas desigualdades sociais e demandas de políticas públicas específicas, resulta imprescindível ao Estado e aos operadores do Direito ter claros os conflitos, a realidade prisional e a ferida social resultante da falha do Estado em poder exercer o ***jus puniendi***, com a preservação da vida do preso. Sem se esquecer de que o ***jus puniendi***, paradoxalmente, é uma garantia ao cidadão, que passa a confiar no Estado, entendendo que, se algum bem, seja individual ou coletivo, for atacado por outro membro da sociedade, haverá intervenção imediata, com o objetivo de manutenção e pacificação social.

## 2. CONTRIBUIÇÕES DE CESARE BECCARIA E MICHEL FOUCAULT

O ano de 1764 foi singular para a história do sistema penal, pois se publica um livro revolucionário que traduzia as ideias defendidas pelos iluministas mais entusiasmados de seu tempo: “Dos delitos e das penas”, do filósofo Marques de Beccaria (1764). Obra que se insere no movimento filosófico e humanitário da segunda metade do século XVIII.

A brutalidade da monarquia absolutista, os abusos cometidos por quem detinha o poder, as injustiças, levadas a cabo contra os menos favorecidos, definitivamente, a existência de uma sociedade desigual e tirana, fez com o autor decidisse escrever um manifesto, uma obra que mostrasse os erros e a necessidade de correção imediata de um sistema que não se preocupava com o ser humano. A força de suas palavras fez eco não somente na Itália, mas também, em toda a Europa Continental, sendo reconhecido e celebrado como um livro revolucionário que mostrava o mais terrível que sucedia na sociedade de sua época.

As suas ideias refletiam o sentimento de um povo, cansado de ser oprimido pelos governantes sem escrúpulos, cruéis e corruptos, sem legitimidade, sem capacidade para administrar. Beccaria, além de fazer uma radiografia de um sistema penal injusto e desumano, propôs soluções, que poderiam está sendo aplicadas hoje em dia. Acabou influenciando o nosso sistema penitenciário, advogando por um cumprimento de pena que não resultasse ofensivo à dignidade da pessoa humana, que levasse em conta o fato de o homem poder cometer erros.

Beccaria (1764) chega à conclusão que só a lei é que poderia fixar penas em relação aos delitos praticados, e que não basta simplesmente publicar uma lei anterior ao fato, a fim de que esteja preservado o princípio da legalidade.

Ainda, considerando o pensamento do autor, o mesmo afirmava o seguinte:

A moral política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não for fundada sobre sentimentos indeléveis do coração do homem. Toda lei que não for estabelecida sobre essa base encontrará sempre uma resistência a qual será constrangida a ceder. Os princípios fundamentais do direito

de punir estão presentes no coração humano, se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas. A interpretação das leis jamais poderia ser interpretada pelos magistrados (BECCARIA, 1764, s/p).

Para o autor, ao analisar esta situação, mesmo que se promulgassem algumas leis, a redação incerta, obscura e imprecisa levaria os cidadãos a estar nas mãos dos intérpretes, visto que quase ninguém conseguiria entender claramente o seu conteúdo. Assim, enfatiza que não basta uma lei, com texto aprovado pelo poder competente, ser publicada e entrar em vigor antes do fato. Deveria ser clara, para que os cidadãos pudessem compreendê-la. Esta máxima começa a ser identificada no período Pós-revolução Francesa, como *nullum crimen nulla poena sine lege*, o que atualmente se denomina “taxatividade da lei penal”.

Outra extensão natural do princípio da legalidade se refere à proporcionalidade das penas. Além de a necessidade de termos claros descritos no tipo penal que proíbe ou impõe determinado comportamento, a pena deve ser proporcional ao mal praticado pelo agente que violou a norma e, portanto, produziu uma lesão ou perigo de lesão a algum bem juridicamente protegido.

A partir da sentença penal condenatória, inicia-se uma nova etapa, ou seja, o cumprimento da pena que foi imposta legitimamente pelo Estado. O condenado, agora, pelo fato de não ter cumprido com uma das cláusulas do contrato social imaginário, perderá uma parte de seu direito à liberdade. A pena também deve ter um fim utilitário, isto é, deverá servir para impedir que o delinquente cometa novos delitos, seja na forma de prevenção especial negativa (com a segregação momentânea da convivência em sociedade) ou, inclusive, como uma prevenção especial positiva (reinserção), assim como uma espécie de prevenção geral (também positiva e negativa), visando a dissuadir os demais membros da sociedade de realizem infrações penais.

Beccaria (1764) enfatiza, em sua obra, que a pena não seja realizada com violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, eficaz, necessária, o mínimo possível em dadas circunstâncias, além de ser proporcional aos crimes e expressa em lei. Para o maestro iluminista, a certeza do castigo, mesmo que moderado,

suscitará sempre uma comoção maior que o receio mais cruel, vinculado à esperança da impunidade.

Para a contemporaneidade do Estado e o seu papel como agente executor do *jus puniendi*, poderíamos considerar ainda a aplicação de uma política pública, com ações sociais que minimizem tanto as desigualdades sociais como a coexistência de diferentes padrões de riqueza, que poderia ser outro fator inibidor de determinadas infrações penais. Para fazer uso das contribuições de Beccaria (1764), em termos da realidade brasileira do sistema prisional, é necessária a mesma coragem e desejo de alterar esta dura realidade. Explica-se, com os seus sábios ensinamentos, que tal pensamento pretende despertar a sociedade para fazer a devida e cuidadosa análise e diferenciação das diversas espécies de delitos e a forma de punir cada um deles.

Nesse sentido, tratando da ideologia sobre a sustentação do sistema, nos deparamos sobre a obra “Vigiar e Punir” de Michel Foucault. Ele é um exemplo de como os melhores diagnósticos e críticas mais contundentes e acertadas ao universo jurídico, muitas vezes, não proveem de juristas nem de acadêmicos de direito. Não era jurista e, sim, filósofo, psicólogo, investigador social e político, cuja obra “Vigiar e Punir” tem o mérito de destacar e descrever as atrocidades que eram cometidas no sistema penal. Podendo ser considerada como um museu de horror, tal obra choca, agride, desagrada aos olhos, porém, lamentavelmente, retrata com fidelidade fatos da vida real.

Foucault (1987) procura mostrar como, desde a Antiguidade, passando pela Idade Média e parte da Modernidade, o castigo do corpo do transgressor era a forma evidente e pública da punição, assim como não se esquece de tratar também da alma condenada. A “alma” que se refere o autor é a interioridade da pessoa, é o centro nevrálgico que precisa ser atingido, para que o sistema punitivo e de vigilância tenha plena eficácia.

De uma forma bastante clara e objetiva, o autor fala que a justiça criminal deve pensar em punir e não, em se vingar, então se deve deixar de lado a vingança do poder absoluto do soberano sobre o corpo do condenado. A punição, desta forma, deveria ser alcançada através de várias intervenções (FOLCAULT, 1987, p. 64).

Ao longo dos anos, diversas propostas se sucederam para tentar dar a prisão um fim distinto de um mero e simples sofrimento para alguém que cometeu uma infração penal. Definitivamente, se pretendia que a prisão, além de retribuir simplesmente ao mal cometido coma infração penal, através da privação da liberdade do delinquente, tivesse um fim utilitário, de maneira que o recluso pudesse, depois de determinado tempo, retornar à convivência com os seus.

O sistema penitenciário está em crise e chegamos a um ponto em que deveria ser revisto o papel do Estado frente ao problema da superpopulação carcerária. Em especial, a responsabilidade civil do Estado ante um sistema que não funciona, no qual a prisão não cumpre com seu papel, não cumpre com seu papel na sociedade, ao contrário, gera mais violência, segrega setores e condições entre classes sociais, tampouco pode ser instrumento de controle de criminalidade que se traduza em segurança e paz social.

### **3. A FINALIDADE E A PREVISÃO LEGAL ACERCA DO ENCARCERAMENTO**

A execução penal tem como pressuposto o princípio da legalidade, já tratado em capítulo anterior, como forma de impedir excessos ou desvios que venham a comprometer a dignidade humana na aplicação da pena. Infelizmente, ante a realidade na qual estamos inseridos, há falta de efetividade no cumprimento e na aplicação desta lei.

O Artigo 1º da LEP dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Tal artigo inaugura a LEP e define o próprio conteúdo finalístico da execução penal, como um todo e, desta forma, influencia o sistema de execução quanto à aplicação da pena no sistema prisional.

Dentre os postulados constitucionais de respeito aos direitos fundamentais que se relacionam com este estudo, destacamos os Artigos 1º e 5º da CF/88.

Enquanto o Artigo 1º, inciso III, fundamenta a dignidade da pessoa humana, como princípio fundante do Estado de Direito brasileiro, e o



Artigo 5º Incisos XLVIII e XLIX, trata dos direitos e das garantias fundamentais, individuais e coletivos, ressaltando-se que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” e que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Destacamos, com veemência, o Inciso LXXV do artigo 5º: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Encontramos também outros princípios processuais no mesmo Artigo constitucional – Incisos LIV, LV, LVI, LVII, LXII – os quais cumprem estabelecer outros princípios específicos da execução, como, por exemplo, o da legalidade, o da isonomia, o devido processo legal, a presunção de inocência, a proporcionalidade e a individualização da pena, todos aplicáveis à fase executiva. Os Artigos 3º da LEP e 38 do Código Penal asseguram estes direitos, mesmo não atingidos pela sentença condenatória, sempre nos limites impostos pela Constituição Federal.

Somados aos princípios específicos da execução penal – humanidade das penas, vedação ao excesso de execução e personalidade ou intranscendência – transmite a LEP a base principiológica constitucional que deveria nortear o sistema prisional<sup>1</sup>.

Na LEP, igualmente, estão contidas as normas fundamentais que regem os direitos e os deveres do sentenciado no curso da execução da pena. Desta forma, pode ser compreendida como instrumento de preparação para o retorno ao convívio social do detento. Busca a manutenção da integridade física e dignidade do recluso.

Além disso, determina esta lei, no Artigo 84, que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e a sua finalidade”. Flagrante inobservância quanto ao cumprimento deste dispositivo e que demonstra as discrepâncias entre teoria e prática do sistema.

Outra menção legal importante para o trabalho ora apresentado é o Capítulo II da LEP. Ao tratar sobre penitenciária, descreve não somente a

---

1. BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 3.ed, São Paulo: Saraiva, 2004, p.153-252.

finalidade desta, destinando-se ao cumprimento de pena de reclusão, em regime fechado, pelo condenado, mas também quem poderá construí-las: União Federal, Estados e Distrito Federal. Pode ser compreendida como estabelecimento de uma obrigação de fazer por parte dos entes públicos nesta prestação como política pública.

Segue descrição, no Artigo 88, como deve ser alojado o condenado e os requisitos básicos da unidade celular. Cabe frisar a dicotomia entre realidade e expressão legislativa diante da população carcerária atual e os mínimos estabelecidos na LEP. O Capítulo ainda estabelece requisitos para penitenciária de mulheres no artigo 89 e o local onde deve ser construída a penitenciária de homens no artigo subsequente, o qual deve ser “afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação”.

Diante da realidade prisional brasileira, podemos considerar que a LEP permanece satisfatória no plano teórico e formal, porém, se a finalidade é a ressocialização do condenado, o tratamento penal individualizado que este recebe do Estado transforma em plenamente insatisfeita e ineficaz o seu cumprimento por parte das autoridades públicas. Mais além, esta realidade perversa da superlotação dos presídios destrói o sistema teórico, inverte papéis, transformando o verdugo em vítima e não transmite à sociedade a paz necessária.

Ao analisar o Artigo 3º da LEP, ao dispor que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”, seguramente se conclui a previsão legal, colgada à garantia constitucional, no entanto, na prática, é mais uma afronta ante as mazelas sofridas pelo preso durante a execução da pena privativa de sua liberdade. Verdadeiro descompasso entre lei e aplicação desta fundamenta o nexa causal necessário para a fixação de responsabilidade civil do Estado.

### **3.1 A violação do artigo 88 da Lei nº. 7.210/84**

Passadas quase três décadas de vigência da Lei de Execução Penal e mais vinte anos da promulgação da Constituição Federal Brasileira, tida como “Constituição Cidadã”, ainda estamos às voltas com velhos problemas relacionados à prática da execução das penas criminais e

que podem nos remeter à dura realidade descrita por Beccaria há mais de duzentos anos.

Continuadamente, a prática executacional brasileira demonstra afronta tanto aos dispositivos da LEP quanto à reincidência e impunidade em matéria ao desrespeito às garantias constitucionais acima descritas.

A simples leitura do Artigo 88 da LEP leva o leitor a questionar como se distanciou a vontade do legislador ante a realidade assistida. Com uma população carcerária crescente, tendendo sempre à superlotação – que gera rebelião – a falência do sistema penitenciário e do modelo de ressocialização está fadada a manter os níveis de insegurança e incerteza continuada.

O que nos leva a refletir que, diante da violação aos direitos do preso, ante a falha estrutural do Estado em estabelecer política pública setorial eficaz, poderá ser esta falta utilizada como fundamento jurídico para pleito em relação à responsabilização civil estatal. Em que casos e requisitos específicos isto ocorre abordaremos no capítulo terceiro deste trabalho.

Dentre os deveres e os direitos do preso, dispostos nos Artigos 39 e 41 da LEP, respectivamente, assinalamos o que vêm a seguir. Como rol taxativo, são deveres do condenado: o comportamento disciplinado e o cumprimento fiel da sentença; a obediência ao servidor e o respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; a urbanidade e o respeito no trato com os demais condenados; a conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; a execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; a submissão à sanção disciplinar imposta; a indenização à vítima ou aos seus sucessores; a indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; a higiene pessoal e o asseio da cela ou alojamento; e a conservação dos objetos de uso pessoal.

Por outro lado, constituem direitos do preso, a alimentação suficiente e o vestuário; a atribuição de trabalho e a sua remuneração; a Previdência Social; a constituição de pecúlio; a proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; o exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas

anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; a proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; a entrevista pessoal e reservada com o advogado; a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; o chamamento nominal; a igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; a audiência especial com o diretor do estabelecimento; a representação e a petição a qualquer autoridade em defesa de direito; o contato com o mundo exterior, por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; o atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (Incluído pela Lei nº 10.713, de 13.8.2003). Cabendo ressalva do parágrafo único, em que alguns dos direitos previstos poderão ser suspensos ou restringidos, mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Se pensarmos que o crime é e provavelmente sempre estará na convivência da sociedade, somos levados a perceber como o crescente aumento da violência na população carcerária e a deficiência prestacional do Estado andam em sentidos opostos. O descontrole do sistema prisional, a contínua falha em políticas eficientes que procurem o equilíbrio do sistema são comprovações da ineficiência estatal. Tal constatação produz a possibilidade de responsabilização civil e moral estatal em via judicial. Como fundamento jurídico doutrinário, pode ser aplicado o garantismo penal.

Luigi Ferrajoli<sup>2</sup>, em sua obra “Direito e Razão”, fornece as bases para esta doutrina. Propõe uma base teórica para a promoção dos direitos individuais sobre o poder do Estado. Esta visão do Direito Penal está consagrada pela CF/88 e aplicada aos princípios que destituíam a pena de seu caráter meramente retributivo, fase às garantias que traduzem limites e vínculos normativos, como, por exemplo, as proibições e as obrigações formais e substanciais, os impostos na tutela dos direitos; e as garantias secundárias, consideradas como diversas formas de reparação

---

2. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. Livro eletrônico disponível em <http://baixargratisbr.net/direito-e-razao-teoria-do-garantismo-penal-luigi-ferrajoli/>. Acesso em: 15 abril.2012.

– desde a anulabilidade de atos inválidos à responsabilidade por atos ilícitos e subseqüentes violações das garantias primárias.

No caso brasileiro, pode-se concluir que as garantias existem e que poderiam transformar-se em efetividade e aplicabilidade das normas acima elencadas, entretanto a sua funcionalidade ainda é precária, devido ao sistema carcerário brasileiro e às mazelas que este reflete na rotina dos presídios. Assim, temos uma legislação digna de ordenamento de primeiro mundo, todavia, inserida em contexto social e econômico de país em desenvolvimento, o que dificulta ou inviabiliza a sua efetiva aplicabilidade. É chegada a hora de interpretar o sistema prisional e a LEP, a partir de análise do ser ao dever ser, entre as delimitações materiais impostas pela realidade dos fatos (ser) e o aspecto formal da lei, o que está escrito como previsão normativa (dever ser).

Hans Kelsen (2006), em sua consagrada obra “Teoria Pura do Direito”, ao tratar do Direito e natureza, esboça a distinção entre ser e dever-ser, ou seja, entre as coisas como são e as coisas como devem ser, cada uma com papéis distintos, embora cruciais na concepção do Direito. Aplicar a este estudo a reflexão do Direito como ele é e o Direito como deve ser permite a conexão entre o vigor do Direito Penal e da execução penal brasileira à realidade do sistema prisional. O resultado é a não reinserção social e reeducação do condenado, não alcançando, desta forma, os seus propósitos, mantendo a dicotomia entre o ser e o dever ser do Direito.

Em suma, considerando a LEP como norma jurídica de dever ser que tem por finalidade as disposições da sentença e proporcionar condições para a reintegração social do condenado, há limitadas no contexto social carcerário, no que tange ao descompasso entre lei e realidade, com o Estado ausente.

#### **4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA SUPERPOPULAÇÃO CARCERARIA**

Iniciaremos esta abordagem, tratando do conceito jurídico de responsabilidade. Oriunda do latim *respondere*, significa responsabilizar-se, assegurar, assumir algo ou do ato que praticou. Por seu caráter de extrema importância ao ordenamento jurídico, a responsabilidade abrange âmbitos tanto na área penal, como na área civil. Ao centrar a

responsabilidade em visão jurídica da esfera civil, esta estará associada a uma obrigação, mais especificadamente, à obrigação de reparar um dano sofrido por alguém.

Durante muitos séculos prevaleceu a idéia de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. Dentre as várias concepções, isentando o Estado de responsabilidade, tinha-se a de que: o monarca ou o Estado não erram. O Estado atua para atender ao interesse de todos e não pode ser responsabilizado por isso, a soberania do Estado, poder incontrastável. As ações eram interpostas somente contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolência do funcionário, a ação de indenização quase sempre resultava infrutífera.

A Constituição do Império (1824), bem como a Constituição Republicana (1891), já previa a responsabilidade dos empregos públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções.

Conforme pondera José Antonio Nogueira, o problema da responsabilidade é o próprio problema do direito, visto que “todo direito assenta na idéia da ação, seguida da reação de restabelecimento de uma harmonia quebrada”. Conforme Diniz (2002, p.5) o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da responsabilidade civil, conclui-se, daí, que na responsabilidade civil a perda ou diminuição do patrimônio do indivíduo ou o dano moral é que geram a reação legal.

A responsabilidade civil constitui uma obrigação que tem por objeto o pagamento de uma indenização, que pode originar-se de: inexecução de contrato; da lesão de um direito subjetivo.

A responsabilidade civil tem uma função essencialmente indenizatória, ressarcitória ou reparadora. Portanto, dupla é a função da responsabilidade: a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado a vítima. (DINIZ, 2002, p.8).

#### **4.1. Conceito e fundamentos da responsabilidade civil: culpa e risco**

O conceito de responsabilidade civil pode ser identificado a partir do art. 927 do Código Civil brasileiro, quando o ordenamento jurídico pátrio

atribui a uma pessoa a obrigação de reparar os danos causados a outra, mediante a prática de um ato ilícito. Extrai-se desse dispositivo legal, sinteticamente, que responsabilidade civil é a obrigação de indenizar.

Entre tantos doutrinadores, aportamos o conceito deste instituto de Direito Civil, conforme definição da ilustre Diniz (2003):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial, causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa que a ela pertencente ou de simples imposição legal. (s/p).

Outro importante expoente civilista, Venosa (2002) ensina que:

A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio, pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores, etc. (s/p);

Assim, a ordem jurídica tem por objetivo proteger o lícito e reprimir o ilícito, estabelecendo deveres e obrigações aos cidadãos. Desta forma, podemos afirmar que, se todo dano ocorrido na vida social causa um desequilíbrio e este clama por uma reparação, o sistema legal deve estabelecer tal posicionamento, pois o dano atinge não apenas a vítima, mas também, toda a sociedade.

Em termos da responsabilidade do Estado, em decorrência do descumprimento ou inadimplemento de uma obrigação contratual, estaremos nos valendo da construção jurídica e doutrinária do Direito Administrativo. Utiliza-se, então, a definição de Di Prieto (2008), que define a responsabilidade do Estado como extracontratual, a saber: “A obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis ao agente público”.

A doutrina estudada permite extrair que o grande fundamento da responsabilidade civil é o princípio do *neminem laedere*, que consubstancia a vedação de uma pessoa, com seus atos, de ofender ou causar danos aos outros na vida em sociedade. Porém, há outros princípios que, agregados ao *neminem laedere*, também fundam o sistema da

responsabilidade civil, com destaque para os da culpa e do risco. No princípio da culpa, está subjacente o valor liberdade, enquanto, no princípio do risco, há a presença do valor igualdade.

Pelo princípio da culpa, ninguém pode ser obrigado a reparar um dano se não foi o seu causador, agindo intencionalmente (dolo) ou pelo menos descuidadamente (culpa). Está expresso no Artigo 186 do CC/2002 e trata-se da responsabilidade subjetiva, ou aquiliana. Para caracterizar a responsabilização de uma pessoa pelos danos causados a outra, exige-se a presença de um elemento subjetivo na sua conduta, que é o dolo – a intenção de causar o dano – ou a culpa “*stricto sensu*” (o descuido da conduta: negligência, imprudência ou imperícia).

O nobre desembargador e professor gaúcho Paulo de Tarso Vieira Sanseverino ensina que, embora com conceitos semelhantes aos do Direito Penal, o rigor na apuração da culpa é menor, pois os valores em jogo são distintos. No Direito Penal, discute-se a liberdade do agente responsável, enquanto, na responsabilidade civil, o debate é de cunho patrimonial.

Como modalidades de culpa, o sistema de responsabilidade desdobra-se em duas possibilidades: o dolo e a culpa “*stricto sensu*”. O dolo é a intenção do agente de causar o dano. A culpa “*stricto sensu*” engloba os atos descuidados praticados por uma pessoa, violando regras de comportamento na sociedade. É reconhecida pela conduta do agente, quando esta se caracteriza em infração de um dever jurídico de diligência, que o imputado poderia conhecer e deveria observar. A imprudência é o descuido ou a violação positiva de uma regra de comportamento, que provoca a ocorrência de danos. A negligência é o descuido negativo em que o agente omite-se no seu dever de precaução (ato omissivo). A imperícia é a culpa profissional, consistindo na violação de regras técnicas de uma determinada profissão.

Na teoria do risco, há uma socialização dos riscos, calcada no valor igualdade. Em função da desigualdade material em determinadas relações, restabelece-se a igualdade, transferindo-se o risco, que normalmente seria da própria vítima, para o prestador do serviço. É o que trata a cláusula geral de risco no parágrafo único do Artigo 927 do CC/2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência,



violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Traduz a máxima de que, na ideia de risco, independente de culpa, o agente assume o risco de sua atividade e, cumprindo os pressupostos da responsabilidade civil objetiva pelo risco, terá que indenizar a vítima.

#### **4.2. Pressupostos: fato, nexa de imputação, dano, nexa causal e ilicitude**

Os pressupostos da responsabilidade civil são os elementos do ato ilícito. Abrange o conjunto de elementos que devem estar presentes no ato ilícito, para que ocorra o nascimento da obrigação de indenizar.

A identificação dos pressupostos da responsabilidade civil deve partir do conceito básico de ato ilícito, estabelecido pelo art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Procedendo-se à leitura desse enunciado normativo de trás para frente, podemos identificar os cinco pressupostos. Comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão (fato) voluntária, negligência ou imprudência (nexa de imputação: culpa), violar direito (ilicitude) e causar (nexa causal) dano a outrem ainda que exclusivamente moral (dano).

Assim, decompondo-se o art. 186, consegue-se reconhecer os cinco pressupostos básicos da responsabilidade civil: o fato, o nexa de imputação, a ilicitude, o nexa causal e o dano.

O fato abrange todos os acontecimentos da vida que tenham aptidão para causar danos. Podem ser praticados pelo próprio agente (fatos próprios), praticados por terceiros (fato de terceiro ou de outrem); praticados por animais; ou praticados por coisas perigosas vinculadas a uma determinada pessoa.

Importante relembrar o já citado Artigo 186 CC/2002, o qual expressa que o fato próprio pode ser comissivo ou omissivo. Ação é um ato comissivo, um ato positivo do agente causador do dano; ou seja, mediante uma

conduta positiva, causa prejuízos a outra pessoa. Tanto faz se é o ato é doloso ou culposo, pois aqui não se está discutindo o elemento subjetivo. Este elemento é objeto do nexo de imputação.

Por outro lado, os atos omissivos também podem ser causa de um evento danoso. Ocorrerá quando uma pessoa (natural ou jurídica) tem o dever de evitar um dano e não age, permitindo, portanto, que ele ocorra, por exemplo, a integridade física do condenado por parte do Estado. A omissão dificilmente provoca diretamente o dano, mas concorre, no processo causal, como uma das causas por ser uma conduta que deveria ter sido tomada pelo agente e não o foi, colaborando para a implementação do evento danoso. Para ser considerada ato ilícito e ensejar a obrigação de indenizar, a omissão é relevante para o direito, quando houver o dever jurídico de agir.

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é o nexo de imputação. O fato, como acontecimento da vida, com aptidão para causação de danos, deve estar vinculado a uma pessoa natural ou jurídica. O nexo de imputação é exatamente este vínculo subjetivo, estabelecido entre o fato e uma determinada pessoa natural ou pessoa jurídica. Dois aspectos apresentam especial relevância no nexo de imputação: os modos de imputação (que se confundem com os fundamentos da responsabilidade civil) e a imputabilidade do agente (consiste na capacidade de entender e querer a prática de um determinado ato ilícito).

O terceiro pressuposto é a ilicitude ou antijuridicidade, que é a contrariedade do fato ao direito. O fato praticado pelo agente é contrário ao ordenamento jurídico como um todo. Não existe uma ilicitude penal, uma ilicitude civil ou administrativa, o que existe é ilicitude – contrariedade do fato ao direito como um todo –, o que configura a antijuridicidade. É um dado bem objetivo. O ordenamento jurídico prevê causas de exclusão da ilicitude e estão arroladas no Art. 188 do CC, são elas: a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de um direito, que serão abordadas, neste estudo, como causas excludentes da responsabilidade civil do Estado.

O quarto pressuposto da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que é a relação de causa e efeito entre o fato e o dano. Deve-se estabelecer se os prejuízos sofridos pela vítima do ato ilícito foram

provocados por aquele fato imputável ao agente. É a relação de causalidade entre o fato imputado ao autor e os danos sofridos pela vítima.

É considerado um dos pressupostos mais importantes da responsabilidade civil pela ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva. Antes, a grande discussão girava em torno da culpa na responsabilidade subjetiva. Essa discussão ainda é relevante, mas o nexu causal é importantíssimo, tanto na responsabilidade subjetiva, como e principalmente na responsabilidade objetiva. De conceito relativamente fácil – relação de causa e efeito entre o fato e o dano, relação de causa e efeito entre a ação e o resultado – tem aplicação prática mais rebuscada em termos de responsabilização civil do Estado em termos da superpopulação carcerária. Frequentemente, encontramos um processo causal complexo, que inclui vários fatos imputáveis a diferentes pessoas, todos com aptidão para a causação de danos. Nesse processo causal, podemos encontrar fatos omissivos e comissivos em torno da realidade prisional. Igualmente, cabe ressalva de que uma análise de responsabilização desta envergadura normalmente parte do dano (desrespeito e violação das garantias individuais do preso) para estabelecer quais as causas que devem ser valorizadas para a comprovação dos requisitos da responsabilização civil do Estado.

Exatamente em função dessas dificuldades ensejadas pelo nexu causal é que foram desenvolvidas várias teorias, buscando resolver esses problemas de ordem prática: teoria da equivalência dos antecedentes; teoria da causalidade adequada; E teoria do dano direto e imediato.

Finalmente, o dano é apresentado como o quinto pressuposto da responsabilidade civil. Pode ser classificado em dano patrimonial ou material, e extrapatrimonial ou pessoal ou moral. Dano é compreendido como a lesão ao bem protegido pelo ordenamento jurídico e se divide em patrimonial e extrapatrimonial.

O dispositivo legal, inserido no CC 2002, dispõe, no artigo 402, que o dano patrimonial é lesão a um interesse econômico, interesse pecuniário e está dividido em dano emergente e lucro cessante. Enquanto o primeiro são os prejuízos efetivamente sofridos pela vítima e o correspondente decréscimo patrimonial; o segundo é o que a vítima deixou de auferir razoavelmente.

Por outro lado, o dano extrapatrimonial é uma lesão ao direito da personalidade da pessoa humana. Atinge a liberdade, a igualdade, a solidariedade ou a psicofísica. Só existe dano moral, por conseguinte, quando a dignidade é atingida, art. 5º, V e X, CF. Em suma, a reparação pode ser compreendida como espécies à indenização e à compensação, satisfazendo, desta forma, tanto a vítima como sua família.

### **4.3. Reparação do dano: dano material, dano pessoal e dano moral**

Ao configurar o dano, deve-se verificar qual é a sua natureza jurídica, podendo ser, como já fora citado, em material, imaterial ou concomitantemente os dois. Falase de material, quando a sua verificação, avaliação e cálculo, no geral, não geram maiores dificuldades em relacionar o dano com o valor compensatório pretendido, pois a sua natureza facilita a aferição visual e econômica de tal situação, sem que o ofendido termine por desequilibrar o pedido, e o julgador decida de forma desproporcional ao pedido ou ao dano (VENOSA, 2000).

Desta forma, o dano material deve ter valor econômico e ser fungível, eis que só assim poderá ser possível responsabilizar o agente ativo da ação ilícita, com base na teoria da responsabilidade civil, com o dever de reparação ao estado anterior ou compensatório, e sem o qual seria manifestamente impossível de fazê-lo. Já o dano imaterial, devido à sua natureza abstrata e de difícil aferição, tem demandado sérias contendas em juízo sobre a possibilidade de resolução, já que perpassa sobre o assunto questões, como valores morais, que variam em sua maioria de indivíduo para indivíduo, restando ao julgador pautar-se pela moral média, adotada pela sociedade a qual faz parte. (VENOSA, 2000).

Vale salientar que, embora verificado o dano, resta a próxima fase a ser observada, que é o quanto a ser pago ao ofendido por seu agressor, tanto pessoa física como jurídica, a título indenizatório ou compensatório, haja vista que a dosimetria do cálculo perpassa por fórmulas complexas, alcançando até a previsão futura do estado de expectativa de vida do ofendido ou o quanto perdurar o sentimento de agressão sofrido, bem como os seus efeitos.

Venosa assim o conceitua o dano moral:

É o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável.[...] Nesse campo, não há formulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal. (2000, p.35).

Apesar da aparente dificuldade de mensurá-lo, visto que permeia pelo bem subjetivo, imaterial por essência, o que denota certa dificuldade na composição do quanto a ser indenizado, não pode o Estado, que é o objeto deste trabalho monográfico, se esconder nos véus da incapacidade funcional de viabilizar o direito protegido.

EMENTA. Abuso de Autoridade. Prova Incriminatória. Apenação Adequada. Improvimento. Quando o álbum probatório retrata o extrapolar do agente, abusando dos limites de sua autoridade, não pode invocar a discriminante do cumprimento de dever legal, pois este coarcta-se aos estritos parâmetros da ilicitude (Apelação Crime nº. 695002816, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aido Faustino Bertocchi, julgado em 22/11/1995).

É inegável que a honra não pode ser traduzida em moeda, mas o que se busca, na verdade, é a reparação pelo vexame sofrido, não se podendo esquecer a natureza punitiva dessa reparação que deve ser sentida pelo ofensor. A Constituição Federal de 1988 é expressa em admiti-lo nos incisos V e X do Art. 5º. “A indenização por danos morais, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível.” Desembargador Federal: Benedito Gonçalves, Relator 200351010091359 – DÉCIMA QUARTA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO.

#### **4.4. Causas excludentes da responsabilidade civil do estado**

De plano, considera-se que, toda lesão de direito deve ser reparada, seja decorrente de ato ou omissão de uma pessoa física ou jurídica – e que, sendo o Estado o autor desta lesão, recai, conseqüentemente, para ele a responsabilidade de indenizar. O Estado tem prerrogativas e privilégios inerentes à sua função, contudo deve ser orientado pelos princípios

constitucionais que fundamentam esta tese. Deve ser ele, o Estado, a responder pelo não cumprimento das premissas constitucionais fundamentais do Estado de Direito. Não pode se valer de suas prerrogativas para isentar-se de sua responsabilização por danos causados ao cidadão que tem a sua liberdade tutelada pelo próprio Estado em execução do *jus puniendi* legítimo.

Outra observação relevante é o fato de responsabilidade civil do Estado receber guarida acadêmica não no Direito Civil, origem da responsabilidade, e sim, no Direito Administrativo. O reflexo acadêmico deste fato pode ser percebido no rol de causas excludentes elencadas, estando o Estado em um dos polos da relação de responsabilização ou não.

Na doutrina civilista, segundo Pablo Stolze (2012), há causas excludentes da responsabilidade civil, de maneira geral são as: de estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal, caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

Por outro lado, a maior parte da doutrina de Direito Administrativo entende que as causas excludentes e atenuantes em relação à responsabilidade civil do Estado (Di Pietro 2008; Medauar 2003; Justino de Oliveira 2010) são: força maior (art. 393 parágrafo único, CC/2002); culpa exclusiva da vítima (art. 945 CC/2002) e culpa de terceiro. Por razão de temática desta pesquisa, seguiremos esta corrente, passando a aportar comentários breves a respeito de cada uma destas causas.

O artigo 393 do CC/2002 dispõe que:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Resumidamente, entendemos que força maior ocorre quando a vontade humana está presente, e o caso fortuito quando são os eventos da natureza que coordenam a ação fática. No tema da população carcerária, uma rebelião em estabelecimento prisional será bom exemplo de força maior.

A culpa exclusiva da vítima também tem o condão de romper com o nexo causal em matéria de responsabilidade civil e a sua conseqüente reparação de dano. Abrange o comportamento doloso ou culposo da vítima, que surge como causa exclusiva do evento danoso. Outra forma de participação da vítima, na análise do nexo causal, é a culpa concorrente da vítima, e está prevista no artigo 945 do CC/2002. “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2007), Desembargador e Professor gaúcho, aportando a sua experiência de magistrado, ensina que, embora não se rompa o nexo causal, a participação concorrente atenua a responsabilidade civil, na medida em que a conduta da vítima concorre para a ocorrência do fato ou para o agravamento dos danos. Na prática forense, as condutas da vítima são analisadas sempre em conjunto e confrontadas pelo juiz para arbitrar, sempre fundamentando a sua decisão, a mitigação entre elas.

Este estudo trata da violação da integridade física e moral do condenado dentro do sistema prisional, e dificilmente deve ocorrer uma conduta concorrente da vítima, para ver decisão de magistrado mitigando uma responsabilização estatal ante o resultado fático. À mercê do sistema, sob a tutela do Estado, pouco ou quase nada se pode interferir nas situações de convívio, violência e desrespeitos a que está sujeito.

O comportamento de um terceiro, que não seja nem a vítima nem o agente do dano, de igual maneira, rompe o nexo causal, excluindo a responsabilidade civil.

A doutrina considera fato exclusivo de terceiro e tem as seguintes peculiaridades. Primeiro, o terceiro deve ser uma pessoa estranha, sem nenhuma relação com o autor do dano; ou seja, o terceiro gerador do dano deve ser uma pessoa sem vinculação jurídica com o autor do dano. Segundo, a conduta do terceiro deve ser causa exclusiva do evento danoso. Se for causa concorrente do evento danoso, todos os agentes respondem solidariamente, na forma do art. 942 do CC/2002. Óbvio ilustração macabra dentro do sistema prisional é a violência entre os condenados e as fações criminosas. Uma vez mais evidente a desproteção

enfrentada por detentos de diferentes graus de periculosidade – todos os reclusos no mesmo conjunto prisional. Passa, então, a valer a lei do mais forte, do mais violento.

## **5 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Inicialmente, registra-se que a competência recai sobre esta Corte, visto tratar-se de dispositivos constitucionais, Artigos 5º e 37, parágrafo 6º. Fundamenta, assim, a concepção teórica da responsabilidade objetiva do Estado, pois a ideia de culpa – elemento subjetivo – foi substituída pela noção de nexo de causalidade, em que o ofendido deve comprovar a conexão entre a ação ou a omissão estatal e o dano por ele suportado – elemento objetivo.

Também é fundamental considerar que a questão de fundo – analisar a responsabilidade civil do Estado a indenizar o condenado, devido à superpopulação carcerária – alcança a Corte Suprema pátria, a partir de Recurso Extraordinário 580252<sup>3</sup>. Trata-se de agravo de instrumento, convertido em RE, interposto pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, contra decisão do Tribunal de Justiça sul-matogrossense.

Inconformado com a decisão, o defensor público pede revisão da Corte tendo em vista as péssimas condições carcerárias. Argui também a não autorização, pelo Direito, ao Estado de impor ao condenado tais condições. Respalda nos princípios constitucionais, solicita, assim, o seguimento do pedido.

Por não se tratar de caso único e diante da crise do sistema carcerário, a reação do STF foi o de converter este RE de declaração de repercussão geral da questão constitucional formadora do pleito. Significa que dado o interesse geral, tal decisão irá produzir efeitos a toda coletividade, sobre a qual estes efeitos poderão ser estendidos.

A análise passa, portanto, a ser: se um preso sofre prejuízo em razão da superlotação carcerária, gera direito à indenização por parte do Estado?

---

3. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580252. Proced: Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=922547&ad=s>. Acesso em: 16 abril.2012.



Odete Medauar (2003) destaca dois fundamentos para a responsabilidade objetiva do Estado: o sentido de justiça e equidade, porque o Estado desempenha inúmeras atividades, e, por isto, deve assumir os riscos a ela inerentes e solidariedade social, que implica um tratamento isonômico de todos os cidadãos.

Professora Fernanda Marinela, em aclaradora vídeo aula<sup>4</sup> sobre o tema central desta monografia, ensina que o entendimento que vem prevalecendo no STF ao reanalisar decisões de estancias anteriores, é de que o preso não tem direito à indenização, porém cabe ressalva de que ainda não foi julgado o mérito da questão. Sem dúvida, a decisão abrirá precedente e é polemica desde a sua origem.

Finalmente, apresentamos a tese de Justino de Oliveira (2010), ao tratar da responsabilidade civil do Estado e as suas repercussões sociais para as reparações de danos materiais e morais:

O que realmente deveria haver seria uma tomada de consciência das autoridades públicas, no sentido de reconhecer o papel de efetivadora dos direitos fundamentais, o qual é a competência primaria da Administração Pública.

Determina que o Estado deva reconhecer as suas falhas, direta e eficientemente, através da reparação dos danos que fossem oriundos de suas atividades, com base em critérios de razoabilidade e de justiça. Para o condenado, o *status* de cidadão não pode ser mitigado sob pena de esta omissão estatal ser transformada em legitimação e banalização da barbárie prisional.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos considerar que o sistema prisional brasileiro não cumpre com as diretrizes estabelecidas na Lei de Execução Penal em vigor. É um modelo exaurido materialmente, não recebe atenção pública devida – através de políticas públicas eficazes – nem presta ao labor de ressocialização do condenado à sociedade.

---

4. Vídeo aula disponível em <http://marinela.ma/videos/responsabilidade-civil-do-estado-esuperlotacao-carceraria>. Acessado em 10 de janeiro de 2012.

Os dispositivos constitucionais, previstos como fundamentais dos artigos 1º, III; 5º, XLVIII, XLIX e LXXV; e do artigo 36, parágrafo 6º da CF/88, fundamentam a base teórica para a possibilidade da responsabilização civil do Estado e conseqüente o pleito de reparação de dano, sofrido por condenado no sistema carcerário atual.

Por outro lado, respaldados na doutrina administrativa, são percebidos os pressupostos da responsabilidade estatal e respectivo nexos causal neste âmbito, bem como a permissão processual cabível da ação ora mencionada.

Prova é a determinação do STF em declarar o Recurso Extraordinário, analisado na repercussão geral. Embora ainda não julgado o mérito desta matéria, deve levar a doutrina e o judiciário a trabalharem no sentido de construir e desenvolver o arcabouço jurídico necessário que permita o devido resgate de valores humanitários desta questão. Mesmo que o entendimento prevalente atual seja o negativo – sobre o dever de indenização (por responsabilidade civil do Estado ao condenado preso que sofreu prejuízo em razão da superlotação carcerária) – segue o caos do sistema prisional. Tal fato social não merece ser esquecido por nenhum operador jurídico.

Ao mesmo tempo em que o Estado deve exercer o *jus puniendi*, necessita respeitar o cidadão, seja ele condenado ou não. A sociedade precisa ter coragem para enfrentar tal questão e desenhar, assim, novo modelo de políticas públicas que permitam conjugar o respeito à integridade física e moral, as condições mínimas para a dignidade humana e a punição prevista em lei.

Precisa-se evoluir para uma maturidade além das ilustradas pelos filósofos Beccaria e Foucault durante os tempos. Resgatar valores básicos, como o respeito à vida e conduzir a sociedade para uma paz social, regrada pelos princípios do Direito, mais humana e em equilíbrio.

Efetivar a responsabilidade civil do Estado via indenização de danos sofridos a cidadãos tutelados pelo Estado e convivendo com a superpopulação carcerária, passa a ser uma forma de limitar o poder do Estado, plasmando, por conseguinte, pela prestação pecuniária que será gerada, o clamor social ante contínua omissão estatal.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 1..ed. São Paulo. Edipro, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas,
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.7.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GOMES, Luiz Flávio. **Limites do “ius puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal**. Disponível em: <http://www.lfg.blog.br>.10 abril. 2007. Acesso em: 13 mar.2012.
- JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. **Direito Administrativo Democrático**. ed. Forum. Belo Horizonte, 2010.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução Joao Baptista Machado. 12.ed. Damasio de Jesus. São Paulo, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal Normas de execução penal precisam ser respeitadas**. Revista Consultor Jurídico, 25 de janeiro de 2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 13 mar.2012.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998.
- STOLZE GAGLIANO, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil**. V.3 Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Contratos em espécie**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

