

# GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS



A PROTEÇÃO DOS  
BENS PÚBLICOS  
INDISPONÍVEIS PELA  
VIA DO PROCESSO  
E DO DIREITO PENAL

**ORGANIZADOR:** FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO

## AUTORES

ANA LUÍZA LIZ DOS SANTOS

CAROLINE VENTURINI DE ARAÚJO FERREIRA

EDSON CESAR PEREIRA LEIRIAS

ÉLBIO FERRAZ JUNIOR

LAURA BUBLITZ DE CAMARGO

LUÍS CARLOS ROLLSING

PATRÍCIA MARTINS SARAIVA

RENATA VIELMO GUIDOLIN

VENÂNCIO ANTÔNIO CASTILHOS DE FREITAS TERRA

VICENTE FIDELIS FACENDA



**DIALÉTICA**  
EDITORA

# GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

**A PROTEÇÃO DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS  
PELA VIA DO PROCESSO E DO DIREITO PENAL**

## CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia  
André Luís Vieira Elói  
Antonino Manuel de Almeida Pereira  
António Miguel Simões Caceiro  
Bruno Camilloto Arantes  
Bruno de Almeida Oliveira  
Bruno Valverde Chahaira  
Catarina Raposo Dias Carneiro  
Christiane Costa Assis  
Cíntia Borges Ferreira Leal  
Eduardo Siqueira Costa Neto  
Elias Rocha Gonçalves  
Evandro Marcelo dos Santos  
Everaldo dos Santos Mendes  
Fabiani Gai Frantz  
Flávia Siqueira Cambraia  
Frederico Menezes Breyner  
Frederico Perini Muniz  
Giuliano Carlo Rainatto  
Helena Maria Ferreira  
Izabel Rigo Portocarrero  
Jamil Alexandre Ayach Anache  
Jean George Farias do Nascimento  
Jorge Douglas Price  
José Carlos Trinca Zanetti  
Jose Luiz Quadros de Magalhaes  
Josiel de Alencar Guedes  
Juvencio Borges Silva  
Konradin Metze  
Laura Dutra de Abreu  
Leonardo Avelar Guimarães  
Lidiane Mauricio dos Reis  
Ligia Barroso Fabri  
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem  
Luciana Molina Queiroz  
Luiz Carlos de Souza Auricchio  
Marcelo Campos Galuppo  
Marcos André Moura Dias  
Marcos Antonio Tedeschi  
Marcos Pereira dos Santos  
Marcos Vinício Chein Feres  
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral  
Marilene Gomes Durães  
Mateus de Moura Ferreira  
Milena de Cássia Rocha  
Mortimer N. S. Sellers  
Nígela Rodrigues Carvalho  
Paula Ferreira Franco  
Pilar Coutinho  
Rafael Alem Mello Ferreira  
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia  
Rayane Araújo  
Regilson Maciel Borges  
Régis Willyan da Silva Andrade  
Renata Furtado de Barros  
Renildo Rossi Junior  
Rita de Cássia Padula Alves Vieira  
Robson Jorge de Araújo  
Rogério Luiz Nery da Silva  
Romeu Paulo Martins Silva  
Ronaldo de Oliveira Batista  
Vanessa Pelerigo  
Vitor Amaral Medrado  
Wagner de Jesus Pinto

# GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS



A PROTEÇÃO DOS  
BENS PÚBLICOS  
INDISPONÍVEIS PELA  
VIA DO PROCESSO  
E DO DIREITO PENAL

ORGANIZADOR: FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO

## AUTORES

ANA LUÍZA LIZ DOS SANTOS

CAROLINE VENTURINI DE ARAÚJO FERREIRA

EDSON CESAR PEREIRA LEIRIAS

ÉLBIO FERRAZ JUNIOR

LAURA BUBLITZ DE CAMARGO

LUÍS CARLOS ROLLING

PATRÍCIA MARTINS SARAIVA

RENATA VIELMO GUIDOLIN

VENÂNCIO ANTÔNIO CASTILHOS DE FREITAS TERRA

VICENTE FIDELIS FACCEMDA



DIALÉTICA  
EDITORA

Copyright © 2021 by Editora Dialética Ltda.  
Copyright © 2021 by Fábio Roque Sbardello (Organizador)

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

**Editoração:** Clara Maria Batista Lima  
**Revisão:** Responsabilidade do autor

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

G212p    Garantias Processuais dos Bens Públicos Indisponíveis : a proteção dos bens públicos indisponíveis pela via do processo e do direito penal / organização Fábio Roque Sbardello. – Belo Horizonte : Editora Dialética, 2021.  
220 p.

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-65-252-0260-0

1. Garantias Processuais. 2. Bens Públicos Indisponíveis. 3. Direito Penal. I. Sbardello, Fábio Roque. II. Título.

CDD 345

CDU 343

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



**DIALÉTICA**  
EDITORA

f /editoradialetica

@ /editoradialetica

www.editoradialetica.com

## APRESENTAÇÃO

A tarefa de apresentar uma obra de cunho científico é sempre árdua, mas também aprazível. Isso porque, de um lado, nos lançamos diante do desafio de oferecer ao leitor considerações iniciais que contenham uma síntese do seu conteúdo, e por isso temos de ter o cuidado de não deformar a essência. Ademais, em um trabalho coletivo, vários são os temas, todos relevantes e densos, o que nos condiciona a uma antecipação mínima que não deslustre a relevância de cada pesquisa e o interesse científico que de ser despertado no leitor. A despeito, o envolvimento da apresentação deste trabalho é extremamente gratificante, na medida em que nos oferece a oportunidade de exteriorizar com efusividade a importância da pesquisa desenvolvida por dedicados acadêmicos, cada um ao seu modo e com sua incansável dedicação pela busca da dialética científica no espaço jurídico, campo do conhecimento absolutamente fértil para a prospecção de soluções muito necessárias em uma sociedade ávida pelo aprimoramento de seus valores essenciais.

Neste contexto, é com imensa satisfação que tenho a oportunidade de apresentar este compêndio que se origina do Grupo de Pesquisa e da disciplina da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul denominados *Garantias Processuais dos Bens Públicos Incondicionados*, com cadastro no CNPQ. Trata-se de um conjunto seleto de pesquisadores que se agregaram à proposta de prospectar e expor suas ideias com muita dedicação e responsabilidade, enfrentando temas atuais e necessários para o aperfeiçoamento dos instrumentos voltados à tutela processual, com reflexos também no âmbito material, de bens públicos que carecem de absoluta e irrestrita proteção estatal, porquanto perpassam indistintamente o interesse de todas as pessoas. Este grupo de pesquisa, que reúne acadêmicos da graduação, do mestrado da FMP e de pessoas da comunidade, iniciou substancialmente seus trabalhos no ano de 2019, associando-se à disciplina de Garantias Processuais dos Bens Públicos Indisponíveis do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da FMP, e já tem a satisfação de apresentar seus primeiros trabalhos científicos.

Em essência, parte-se da premissa da relevância social e da necessária proteção estatal aos bens públicos indisponíveis, em virtude da percepção no sentido de que a sociedade atual, volátil, consumista, acelerada pela dinâmica da fricção das relações atuais, também exposta a uma série de crises, pode ser concebida como uma verdadeira sociedade de risco. Tal perspectiva nos condiciona e motiva a centrar esforços na abordagem da temática inerente aos bens cuja proteção interessa a toda a coletividade, modo transindividual, estabelecendo uma perspectiva que supere o já consagrado e tradicional pensamento liberal/individual/normativista do período iluminista que exerceu absoluto domínio sobre o pensamento jurídico-acadêmico até recentemente.

Nessa perspectiva, este volume contém dez artigos, iniciando com o contributo da mestrandia Ana Luíza Liz dos Santos, intitulado *A (Im) Possibilidade de reconhecimento do Direito ao Esquecimento às Pessoas Jurídicas Responsabilizadas Penalment*. O segundo artigo, denominado *A Obrigatoriedade da Identificação do Perfil Genético e a sua (In) Compatibilidade com o Sistema Acusatório, frente ao Princípio do Nemo Tenetur se Detegere*, que tem como autor o mestrando Edson Cesar Pereira Leirias. O terceiro artigo foi elaborado pela mestrandia Renata Vielmo Guidolin, denominado *A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica em Face da Expansão do Direito Penal na Sociedade de Risco*. O quarto, por sua vez, confeccionado pelo mestrando Vicente Fidelis Faccenda aborda a temática da *A Utilização da Inteligência Artificial no Direito e no Processo Penal a Partir da Perspectiva da Proteção dos Bens Jurídicos Transindividuais e do Panorama da Sociedade de Risco*. Em seguida, temos o artigo formulado pela mestrandia Caroline Venturini de Araújo Ferreira, alusivo à *Colaboração Premiada*. O sexto artigo, referente à *Infiltração policial em organizações criminosas e terroristas*, produzido pelo mestre Luís Carlos Rollsing e Élbio Ferraz Junior, enquanto o sétimo trabalho científico, denominado *Institutos negociais e a plea bargaining à brasileira*, feito pela mestrandia Patrícia Martins Saraiva. Acrescente-se o tema dos *Efeitos Nefastos da Corrupção em face dos Bens Jurídicos Penais Transindividuais*, da autoria da mestrandia Laura Bublitz de Camargo. O nono trabalho, identificado *Proporcionalidade e Deveres Objetivos de Proteção: a segurança como direito social fundamental*, da lavra do mestre Élbio Ferraz Junior e Luís Carlos Rollsing, e o fechamento do compêndio com o tema *Sociedade de Risco: A Expansão do Direito Penal*, da autoria do mestrando Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra.

Escrever é dar concretude às ideias, ao pensamento e ao trabalho de pesquisa realizado sempre com muito denodo e comprometimento. Na presente obra, além disso, representa a materialização do esforço incansável pela busca de aprofundamento científico e oferecimento de perspectivas em torno dos grandes desafios pelos quais passa nossa sociedade. A exposição de trabalhos científicos à análise do observador externo sempre terá o condão de estimular novos debates, ao mesmo tempo em que não tem a pretensão de exaurir, sequer minimamente, a temática proposta. Ao contrário, os artigos submetidos à comunidade acadêmica por este grupo dedicado de pesquisadores propõem, em essência, constituir-se em pequena semente para o aprofundamento que se mantém aberto e suscetível à crítica construtiva, na busca de interação e crescimento compartilhado dos caminhos que podem levar à proteção ainda insuficiente dos bens públicos indisponíveis, mediante o comprometimento científico, político e jurídico para este ideal.

Parabéns, portanto, aos acadêmicos que, corajosamente, de forma dedicada e qualificada, expõem suas ideias, sua pesquisa e oferecem tamanha contribuição nesta primeira obra coletiva.

Fábio Roque Sbardellotto.





## COLABORADORES

**Ana Luiza Liz dos Santos** - Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Assessora Jurídica (Cargo em Comissão) em Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1213105149446784>. E-mail: [analuizaliz.s@hotmail.com](mailto:analuizaliz.s@hotmail.com).

**Caroline Venturini de Araújo Ferreira** - Mestranda em Direito Mes-trando pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Direito pela UFRGS. Advogada. Endereço eletrônico: [adv.carolineferreira.poa@gmail.com](mailto:adv.carolineferreira.poa@gmail.com).

**Edson Cesar Pereira Leirias** - Mestrando em Direito – Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduado em Direito – Universidade Luterana do Brasil. Especialista em Ciências Criminais - Fundação Escola Superior do Ministério Público.

**Élbio Ferraz Junior** - Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: [elbioferrazjunior@gmail.com](mailto:elbioferrazjunior@gmail.com).

**Laura Bublitz de Camargo** - Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2010). Fez o Curso de Aperfeiçoamento Preparatório à Carreira da Magistratura, Associação dos Juí-

zes do Rio Grande do Sul (AJURIS) (2012). Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), aprovada com nota máxima no trabalho de conclusão de curso, apresentado perante banca examinadora. Atualmente é advogada no Escritório Aquino Camargo Advogados. Cursa Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Área de Concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, sob a orientação do Professor Rogério Gesta Leal. Endereço eletrônico: laurabublitzcamargo@gmail.com.

**Luís Carlos Rollsing** - Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Uniritter (1996). Curso Superior de Formação de Oficiais da Brigada Militar. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estado de Santa Catarina. Pós-graduado em Operações Especiais Policiais pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Segurança Pública, Cidadania e Diversidade Pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Delegado de Polícia no Estado do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: luiscarlosrollsing@gmail.com.

**Patrícia Martins Saraiva** - Acadêmica do Mestrado em Tutelas à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

**Renata Vielmo Guidolin** - Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Especialista em Direito Tributário Empresarial pela FGV (2005). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS (2002). Advogada. Endereço eletrônico: renata@guidolinadvogados.adv.br

**Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra** - Advogado. Pós-Graduado em Ciências Penais. Acadêmico do curso de Pós-Graduação em Direito de Famílias e Sucessões e do Mestrado em Tutelas à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Integrante do Grupo de Pesquisa Garantias Pro-

cessuais dos bens públicos indisponíveis, coordenado pelo Prof. Dr. Fábio Roque Sbardelotto. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Endereço eletrônico: venancioterra@hotmail.com.

**Vicente Fidelis Faccenda** - Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Advogado, LLM em Direito Global e Tecnologia pela Suffolk University Law School. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.



# SUMÁRIO

<b>A (IM) POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO ÀS PESSOAS JURÍDICAS RESPONSABILIZADAS PENALMENTE – ANA LUIZA LIZ DOS SANTOS</b>	<b>15</b>
<b>A OBRIGATORIEDADE DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO E A SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO, FRENTE AO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE – EDSON CESAR PEREIRA LEIRIAS</b>	<b>39</b>
<b>A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM FACE DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO – RENATA VIELMO GUIDOLIN</b>	<b>61</b>
<b>A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO E NO PROCESSO PENAL A PARTIR DA PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS E DO PANORAMA DA SOCIEDADE DE RISCO – VICENTE FIDELIS FACCEIDA</b>	<b>83</b>
<b>COLABORAÇÃO PREMIADA – CAROLINE VENTURINI DE ARAÚJO FERREIRA</b>	<b>103</b>
<b>INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E TERRORISTAS – LUÍS CARLOS ROLLSING E ÉLBIO FERRAZ JUNIOR</b>	<b>125</b>
<b>INSTITUTOS NEGOCIAIS E A PLEA BARGAINING À BRASILEIRA” – PATRÍCIA MARTINS SARAIVA</b>	<b>147</b>
<b>OS EFEITOS NEFASTOS DA CORRUPÇÃO EM FACE DOS BENS JURÍDICOS PENAIIS TRANSINDIVIDUAIS – LAURA BUBLITZ DE CAMARGO</b>	<b>167</b>
<b>PROPORCIONALIDADE E DEVERES OBJETIVOS DE PROTEÇÃO: A SEGURANÇA COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL – ÉLBIO FERRAZ JUNIOR E LUÍS CARLOS ROLLSING</b>	<b>183</b>
<b>SOCIEDADE DE RISCO: A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL – VENÂNCIO ANTÔNIO CASTILHOS DE FREITAS TERRA</b>	<b>199</b>



# A (IM) POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO ÀS PESSOAS JURÍDICAS RESPONSABILIZADAS PENALMENTE

THE (IM) POSSIBILITY OF RECOGNIZING THE RIGHT TO BE FORGOTTEN TO LEGAL PERSONS RESPONSIBILIZED PENALLY

Ana Luiza Liz dos Santos<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo aborda breves considerações sobre o reconhecimento do direito ao esquecimento às pessoas jurídicas responsabilizadas criminalmente. Como procedimento metodológico, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica. Diante do desenvolvimento tecnológico, e do avanço da sociedade de risco e da sociedade da informação, o direito ao esquecimento como um direito de personalidade aplicável às pessoas jurídicas, passa a receber atenção do pensamento jurídico, com destaque especialmente na seara penal. O objetivo geral, portanto, é estudar a possibilidade de reconhecimento e aplicabilidade do direito ao esquecimento às pessoas jurídicas condenadas na esfera penal.

1 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Assessora Jurídica (Cargo em Comissão) em Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1213105149446784>. E-mail: [analuizaliz.s@hotmail.com](mailto:analuizaliz.s@hotmail.com).



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Como objetivos específicos, tem-se: observar algumas especificidades da sociedade de risco e da sociedade da informação; explicar breves considerações sobre a tutela do bem jurídico do qual decorre o direito ao esquecimento; observar o reconhecimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas; estudar o reconhecimento do direito ao esquecimento para as pessoas jurídicas condenadas criminalmente, inclusive com base em sua origem, que é vinculada ao direito penal. Conclui-se que as pessoas jurídicas, em sendo dotadas de personalidade, com direitos e deveres, podem ser responsabilizadas penalmente, e, uma vez dotadas de direitos de personalidade, a elas pode ser reconhecida a aplicabilidade do direito ao esquecimento.

**Palavras-chave:** Direito ao Esquecimento; Direitos de Personalidade; Pessoa Jurídica; Reabilitação Criminal; Responsabilidade Penal.

### ABSTRACT

The present study addresses brief considerations on the recognition of the right to be forgotten by legally criminal persons. This is a study conducted with the hypothetical-deductive approach method and the technique bibliographic research. In view of technological development, and the advancement of the risk society and the information society, the right to be forgotten as a personality right applicable to legal entities begins to receive attention from legal thinking, especially in the criminal field. The general objective, therefore, is to study the possibility of recognition and applicability of the right to be forgotten by legal entities convicted in the criminal scope. The specific objectives are: observe some specificities of the risk society and the information society; explain brief considerations on the protection of the right to be forgotten; observe the recognition of criminal liability of legal entities; study the recognition of the right to be forgotten by legally convicted legal entities, including based of their origin, which is linked to criminal law. It is concluded that legal entities, being endowed with personality with rights and duties, can be held criminally liable and, once endowed with personality rights, they can be recognized the applicability of the right to be forgotten.

**Keywords:** Right to be Forgotten; Personality Rights; Legal Person; Criminal Resocialization; Criminal Liability.

## 1 INTRODUÇÃO

As profundas transformações que o desenvolvimento e o avanço tecnológico causaram – e ainda estão causando – nas sociedades contemporâneas fizeram surgir dois fenômenos que, em que pese distintos, em muito se assemelham: a sociedade de risco e a sociedade da informação.

A sociedade de risco decorre do reconhecimento da existência de riscos que possuem alcance global, com efeitos que podem permanecer por muitos anos após o fato em si. Diante dessa realidade, a questão passou a ocupar a atenção do pensamento de diversos setores, especialmente dos operadores do Direito e, mais especificamente ainda, do direito penal, com o intuito de promover esforços para a construção de instrumentos para a proteção da sociedade. A sociedade da informação, por sua vez, de igual forma decorre da revolução tecnológica, e tem seu desenvolvimento atrelado com a forma como as pessoas se relacionam e na forma como são afetadas. Em razão desta realidade, os direitos fundamentais devem acompanhar as necessidades de seus destinatários finais, de modo a consolidar o fundamento da dignidade humana.

O direito ao esquecimento surge justamente neste contexto, pois as novas tecnologias permitem que toda e qualquer informação permaneça armazenada *ad aeternum*, transformando a forma como o ser humano lida com suas memórias. Ademais, o direito ao esquecimento tem sua origem justamente relacionada ao direito penal, na medida em que é constantemente postulado como forma de preservar o passado informacional das pessoas condenadas por crimes – especialmente os de grande repercussão histórica e social –, atuando, também, como forma de ressocialização e reabilitação.

O estudo sobre a possibilidade de reconhecimento de tutela das pessoas jurídicas a partir do direito ao esquecimento representa uma temática nova, que, aos poucos, vem sendo desenvolvida especialmente pela academia e pela doutrina. A temática ainda não foi objeto de apreciação pelas Cortes Superiores de Justiça brasileira, mas, considerando-se as novas formas de violação e tutela dos bens jurídicos nas sociedades contemporâneas, trata-se de um tema que, por tendência, deverá passar a ocupar, cada vez mais, o pensamento jurídico.

Nesse contexto, o presente estudo objetiva, em um primeiro momento, expor breves considerações sobre a realidade que decorre da sociedade de risco, especialmente a partir da atuação do direito penal como instrumento de defesa da sociedade e de tutela dos seus bens jurídicos,

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

bem assim sobre a realidade decorrente da sociedade da informação, a partir do momento em que as informações assumem condição de principal matéria-prima da Era Digital. Em seguida, se propõe a estudar, ainda que de forma breve, o direito ao esquecimento, que surge como bem jurídico a ser tutelado por decorrência do contexto do *superinformacionismo* causado pelas transformações tecnológicas. Na sequência, visa expor algumas considerações sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Por fim, apresenta uma exposição sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento às pessoas jurídicas condenadas penalmente, uma vez que estas são dotadas de direitos de personalidade, nos termos da lei e da Constituição Federal.

### 2 SOCIEDADE DE RISCO E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A TECNOLOGIA COMO TRANSFORMADORA DA MODERNIDADE

As transformações das relações pessoais e o desenvolvimento tecnológico passaram a questionar o paradigma vigente de tutela subsidiária dos bens jurídicos, uma vez que a sociedade contemporânea, impactada pelo avanço tecnológico, passou a ser dotada de novos riscos que, por sua vez, são imprevisíveis e incontroláveis e, portanto, distintos dos riscos existentes no passado.

O sociólogo alemão Ulrich Beck, em uma obra inteiramente dedicada ao estudo da sociedade de risco, afirma que, por certo, os riscos não são uma invenção moderna, porém, os riscos atuais promovem situações de ameaça global, surgindo para toda a humanidade, isto é, “a palavra ‘risco’ tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra”<sup>2</sup>. Nesse sentido, a dificuldade que paira na atualidade decorre do fato de que muitos dos novos riscos não são percebidos, de forma imediata, pela humanidade, uma vez que não são visíveis nem perceptíveis para os afetados<sup>3</sup>. Em sendo assim, é necessário compreender que os riscos não se esgotam com os efeitos e os danos já ocorridos, tendo em vista que os riscos são dotados de um elemento futuro, o qual é baseado tanto na extensão futura dos danos que

---

2 BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo à uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2010, p. 25.

3 BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo à uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2010, p. 32.

na atualidade podem ser previstos, quanto na perda geral de confiança ou em um suposto amplificador do risco<sup>4</sup>.

Em razão dos riscos que inegavelmente existem, e a partir do momento em que o homem passou a perceber a existência destes “novos” riscos, aumentou, também, a busca por mecanismos de segurança, de prevenção e de precaução. A assunção do risco como elemento nuclear da organização das sociedades modernas confere a estas sociedades uma dinâmica peculiar, que permite a compreensão do novo papel do direito penal e dos demais discursos jurídicos que nela se produzem<sup>5</sup>. Em assim sendo, esta realidade tem tomado a atenção do pensamento jurídico, no sentido de buscar saber qual é o papel que o Direito exerce nas ações protéticas e preventivas e, mais especificamente, surgem os questionamentos sobre o direito penal e seus instrumentos para a defesa da sociedade diante dos novos riscos.

Nesse sentido, tem-se que a consolidação da sociedade de risco impacta na construção e na compreensão do direito penal, uma vez que a norma criminal é chamada a cumprir o papel de instrumento de controle de riscos. O direito penal passa, então, a “orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido”<sup>6</sup>, justamente porque a tutela do bem jurídico “é tema extremamente relevante na abordagem do modelo de Direito Penal instalado, e, sobremaneira, nas perspectivas que se podem verificar para um resgate desta parcela do Direito como instrumento de realização das aspirações sociais vividas em um verdadeiro Estado Democrático de Direito”<sup>7</sup>.

Ademais, para além dos riscos que tem, cada vez mais, transformado as sociedades modernas, o desenvolvimento tecnológico, quando visto sob outra perspectiva, também fez surgir o que se convencionou chamar de sociedade da informação. Com origem no século XX, a sociedade da informação surgiu a partir da necessidade de um novo paradigma, baseado em tecnologias de comunicação e de informação, o que

---

4 BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo à uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2010, p. 39.

5 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

6 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 85-86.

7 SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 113.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

corresponde a um processo multidimensional que tem promovido uma forte transformação estrutural em todo o mundo. Nesse sentido, o sociólogo espanhol Manuel Castells<sup>8</sup> dispõe que, muito mais que determinar a sociedade, a tecnologia é a sociedade, ou seja, é a própria sociedade que molda a tecnologia, de acordo com os interesses, valores e necessidades das pessoas que delas se utilizam.

O contexto da sociedade da informação é resultado de uma Era em que as informações fluem em quantidades e em velocidades expressivas, de modo que essas informações assumem valores sociais e econômicos fundamentais. Em consonância com as evoluções sociais e econômicas, o *superinformacionismo* surge como um dos principais fenômenos da sociedade da informação, na medida em que cria uma verdadeira massa de informações sobre tudo e sobre todos, independentemente da intenção individual do cidadão no que tange à sua participação em determinados conjuntos de dados e de informações<sup>9</sup>.

Considerando as transformações decorrentes do desenvolvimento e do avanço tecnológico, que, por sua vez, originou as chamadas sociedade de risco e sociedade da informação, Patrícia Brito Teixeira<sup>10</sup> afirma que a internet se tornou palco público para os espetáculos das crises e, nesse cenário, as repercussões negativas podem nascer tanto externamente ao ambiente online, tendo seus efeitos multiplicados na internet, quanto do próprio ambiente online, que passa a atuar como reservatório de riscos. Em assim sendo, os riscos, somados às incertezas que decorrem da globalização e da velocidade de difusão das informações, podem originar crises de grande proporção. Esta realidade, por sua vez, permite a conclusão que o mundo atual convive em paralelo com a sociedade de risco, bem assim com a sociedade da informação.

Assim como os riscos – decorrentes da sociedade de risco – inserem os bens transindividuais em condição de vulnerabilidade, por decorrência do desmatamento, da poluição, das bombas atômicas e do aqueci-

---

8 CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa, 2005, p. 17.

9 RULLI JÚNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antônio. Apontamentos no Direito Brasileiro dentro do contexto da Sociedade da Informação. **Revista Esmat**, Palmas/TO, nº 6, ano 5, p. 11-30, jul./dez. 2013, p. 15. Disponível em: <[http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista\\_esmat/article/view/57/63](http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/57/63)>. Acesso em 8 dez. 2020.

10 TEIXEIRA, Patrícia Brito. Sociedade do Risco na Sociedade da Informação: gestão e gerenciamento de crise nas redes sociais. V **ABRAPCORP: redes sociais, comunicação, organizações**, 2011. Disponível em: <[http://www.abrapcorp.org.br/anais2011/trabalhos/trabalho\\_patricia.pdf](http://www.abrapcorp.org.br/anais2011/trabalhos/trabalho_patricia.pdf)>. Acesso em 8 dez. 2020.

mento global, por exemplo, a inserção das informações em condição de principal matéria-prima da Era Digital – por decorrência da sociedade da informação – também representa risco ao livre desenvolvimento da personalidade, à tutela da privacidade e ao fundamento da dignidade humana. Isso significa dizer que, no que tange à vulnerabilidade e à tutela da sociedade, pelo viés penalista, está a sociedade de risco; no que tange à vulnerabilidade e à tutela dos direitos de personalidade, está a sociedade da informação.

Para além de suas semelhanças, portanto, a começar pela origem que decorre das transformações das sociedades diante do avanço tecnológico, a sociedade de risco e a sociedade da informação assemelham-se também quando se trata de direito penal. Isso porque, de um lado, os riscos causam súplicas de atuação do direito penal, pois este atua como reflexo da realidade social e econômica e, portanto, não pode ficar indiferente à evolução da realidade; de outro lado, o próprio direito penal, que condena indivíduos que geram lesão a um bem jurídico tutelado pelo estado, também garante a existência de institutos como o da reabilitação criminal, de modo a garantir o sigilo para que não haja a referência conexa, *ad aeternum*, do cometimento do crime em relação ao sujeito que o tivera concretizado.

Tem-se, portanto, que a sociedade de risco e a sociedade da informação são realidades iminentes, das quais não podemos nos furtar. Em assim sendo, necessário que haja a conscientização sobre as consequências que estas realidades podem causar aos bens jurídicos – tanto aos individuais, quanto aos coletivos; tanto de pessoas físicas, quanto de pessoas jurídicas – bem como o reconhecimento, a promoção e o desenvolvimento de instrumentos para a tutela destes direitos, para que, então, os indivíduos possam viver em harmonia mesmo diante dos impactos destas realidades.

### **3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

As transformações das relações pessoais, a partir do avanço tecnológico e do desenvolvimento da sociedade da informação, fizeram surgir novas possibilidades de violação da vida privada. Em verdade, já no final do século XIX começaram a surgir novos riscos aos direitos de personalidade, a partir das inovações tecnológicas e da difusão dos meios

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

de comunicação, “na medida em que a exposição excessiva e maliciosa de imagens e relatos sobre determinados indivíduos poderiam causar modalidades inéditas de invasão à esfera de privacidade daqueles expostos”<sup>11</sup>.

Anderson Schreiber afirma que as mudanças tecnológicas igualmente transformaram significativamente a forma como o ser humano lida com suas memórias, isto é, “se, antes, o indivíduo tendia naturalmente a esquecer, distanciando-se progressivamente do passado, hoje ocorre o oposto: computadores e aparelhos telefônicos permitem a ‘lembrança de tudo’”<sup>12</sup>. Isso significa que o alcance do desenvolvimento tecnológico em todos os campos da vida tem por uma de suas consequências o fato de o equilíbrio existente na memória, entre a lembrança e o esquecimento, serem consideravelmente alterados, isto é, no mundo digital, “esquecer se tornou uma exceção”, a qual fica cada vez mais difícil de ser concretizada<sup>13</sup>.

Assim como ocorre em diversos ordenamentos jurídico-constitucionais ao redor do mundo, portanto, a doutrina, a jurisprudência e a academia brasileira estão trilhando um caminho no sentido de promover esforços para a construção, o desenvolvimento e a consolidação do direito ao esquecimento a nível nacional. Nesse contexto, Ingo Sarlet e Arthur Ferreira Neto<sup>14</sup> dispõem que o direito ao esquecimento “adquire relevância teórica e legitimadora não por causa de algum processo de positivação que tenha introduzido formalmente esse direito fundamental em um texto constitucional”, mas sim por decorrência “de alguma dimensão da experiência humana que poderia ser, racionalmente, justificada e explicada como sendo indispensável para o pleno desenvolvimento moral e jurídico de qualquer indivíduo humano”.

Partindo-se para a realidade prática do ordenamento brasileiro, fato é que o conceito de direito ao esquecimento não está expressamente

---

11 SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur. **O Direito ao “Esquecimento” na Sociedade da Informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 60.

12 SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais convergências. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro**. TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 367-384, 2019, p. 370.

13 COSTA, André Brandão Nery. Direito ao Esquecimento na Internet: a *scarlet letter* digital. **Direito e Mídia**. SCHREIBER, Anderson (org.). São Paulo: Atlas, p. 184-206, 2013, p. 187.

14 SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur. **O Direito ao “Esquecimento” na Sociedade da Informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 33.

positivado no texto da Constituição Federal de 1988, isto é, no sentido da expressa e específica explicitação no texto constitucional. No entanto, este cenário não impede a sua justificação e o seu reconhecimento, uma vez que o direito ao esquecimento pode ser bem ancorado como direito fundamental implícito à dignidade humana e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O reconhecimento da fundamentalidade do direito ao esquecimento – ainda que na forma de um direito fundamental implícito, a partir da abertura constitucional conferida pelo art. 5º, § 2º, da CF –, portanto, decorre das necessidades que surgem a partir da experiência humana, o que, por sua vez, justifica-se pelo fato de que o Direito se edifica em consonância com a sociedade.

Para Maria Helena Diniz<sup>15</sup>, o direito ao esquecimento figura como um direito de personalidade “por ser um direito subjetivo *excludendi alios*, de defender a memória privada e de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo esse bem inato”. Este comportamento negativo, por sua vez, não se dá no sentido de que seja imposto um dever de esquecer uma determinada informação, mas sim no sentido de “impedir que se recorde, injustificadamente, mediante uma nova divulgação, que pode causar dano a um projeto de vida e ao livre desenvolvimento da personalidade”.

O consagrado jurista italiano Stefano Rodotà<sup>16</sup> dispõe que o direito ao esquecimento se apresenta como o direito de governar a própria memória, de conceder a todos a possibilidade de se reinventar, de construir a sua personalidade e a sua identidade, especialmente porque “*il passato non può essere trasformato in una condanna che esclude ogni riscatto*”, isto é, o passado não pode ser transformado em uma condenação que exclui qualquer possibilidade de remissão.

Diante da existência de diversos conceitos, que se interligam e se completam, sobre direito ao esquecimento – o que, por sua vez, é de extrema importância, diante da possibilidade de confusão que a expressão “esquecimento” pode causar – Ingo Sarlet<sup>17</sup> apresenta uma proposta cons-

---

15 DINIZ, Maria Helena. Efetividade do Direito a Ser Esquecido. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 18, nº 1, p. 17-41, jan./abr., 2017, p. 18.

16 RODOTÀ, Stefano. *Dai ricordi ai dati oblio è un diritto?* **La Repubblica**, 30-01-2012. Disponível em: <<https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio-un.html>>. Acesso em 30 nov. 2020.

17 SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur. **O Direito ao “Esquecimento” na Sociedade da Informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 190-206.



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

titucionalmente adequada para a fixação de critérios de concretização do direito ao esquecimento: (a) fato ou informação prejudicial, vexatório ou desabonador que viola de modo desproporcional direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana; (b) natureza do fato, informação ou opinião tida como prejudicial; (c) transcurso razoável de tempo ou não contemporaneidade; (d) ausência de historicidade e de interesse coletivo na divulgação dos fatos e/ou informações e juízos de valor; (e) esgotamento da relevância informativa do evento e/ou o atingimento da recomposição penal pela reabilitação e perdão; (f) natureza dos meios de promoção do direito ao esquecimento e seu impacto; e (g) consideração integral de todos os direitos e bens jurídico-constitucionais em relação de concorrência e colisão de todos os diretamente envolvidos e afetados.

Diante dos requisitos expostos, bem assim dos conceitos desenvolvidos pela doutrina, extrai-se que o fator “tempo” é essencial para a construção do direito ao esquecimento, visto que a sua tutela recai sobre fatos que se pretende não mais lembrar e, conseqüentemente, não mais rememorar a partir de exposições midiáticas. Em sendo assim, necessário se faz o transcurso do tempo e a ausência de contemporaneidade do fato a que se objetiva ser esquecido. O jurista belga François Ost, na obra “O Tempo do Direito”<sup>18</sup>, associa o passado e o futuro com elementos que correspondem a pontos primordiais do transcurso do tempo: a memória corresponde ao ato de “ligar o passado”, o perdão corresponde ao ato de “desligar o passado”, a promessa significa “ligar o futuro” e, por fim, o questionamento significa “desligar o futuro”.

O direito ao esquecimento surge, portanto, como decorrência das novas necessidades que passaram a cercar o homem a partir do avanço da sociedade da informação, uma vez que o desenvolvimento tecnológico, de um lado, estimula, cada vez mais, a coleta de informações e, de outro lado, permite que estas informações fiquem armazenadas *ad aeternum* nas redes, de modo que, futuramente, podem macular os direitos de personalidade de seu titular.

## 4 A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

As transformações sociais, econômicas e ambientais, assim como a coletivização da vida social e o avanço da chamada sociedade de risco,

---

18 OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Elcio Fernandes. São Paulo: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2005, p. 21.

são fatores que fizeram surgir, igualmente, novas formas de criminalidade e, conseqüentemente, novos bens jurídicos carentes de tutela. As violações dos interesses difusos e coletivos podem ser percebidas a partir dos crimes ambientais, os quais, por sua vez, comumente são praticados sob a égide das pessoas jurídicas. É desta realidade que decorre a ideia de não sancionar somente os autores materiais – que, por sua vez, podem mudar e, portanto, são facilmente substituídos –, mas também sancionar a própria pessoa jurídica<sup>19</sup>.

Em que pese as divergências que até os dias atuais perduram, tem-se que, tanto as correntes contrárias, quanto as correntes favoráveis à responsabilidade criminal dos entes coletivos, admitem que a realidade socioeconômica que se desenvolveu a partir do século XVIII permitiu uma crescente delinquência cometida no seio das pessoas coletivas. Foi, portanto, a partir deste cenário que passou a ganhar força a ideia de que “a responsabilidade criminal se diluía em várias pessoas, a ponto de o direito penal restar ineficaz e imprestável a essa delinquência”, de modo a surgir novas vertentes de pensamentos no que tange às regras e princípios penais, para a adequá-los ao fenômeno da criminalidade das pessoas jurídicas<sup>20</sup>.

No direito comparado, países como França, Holanda e Espanha, além de Inglaterra e Estados Unidos da América, adotam a prática de responsabilização penal da pessoa jurídica<sup>21</sup>. Destaca-se, inclusive, que a Holanda foi, até determinado período, o único país do continente europeu a admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a partir da ideia que, uma vez que ocupam papel fundamental nas relações socioeconômicas, as pessoas jurídicas devem ser dotadas igualmente de direitos e deveres. É de se destacar, também, que na Inglaterra, a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem sua origem a partir de uma criação jurisprudencial, e, mais recentemente, o *Interpretation Act* de 1978 dispôs expressamente que o termo “*person*” alcança pessoas físicas, pessoas jurídicas e, ainda, agrupamentos sem personalidade jurídica.

No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, segue a divergência sobre a temática, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso porque, há quem defenda a aplicabilidade do prin-

---

19 BRANCO, Fernando Castelo. **A Pessoa Jurídica no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35-36.

20 SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal das Corporações e Criminalidade Moderna**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40-41.

21 BRANCO, Fernando Castelo. **A Pessoa Jurídica no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 70.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

cípio *societas delinquere non potest* (a sociedade não pode delinquir)<sup>22</sup>, ao passo que outra corrente doutrinária defende que o texto constitucional de 1988 objetivou uma inovação, de modo a adequar-se à tendência universal, qual seja, no sentido de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas<sup>23</sup>. Diante do impasse, é de se esclarecer que adota-se, no presente estudo, o reconhecimento da possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, a partir do que dispõe expressamente a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 3º<sup>24</sup>, bem assim do que dispõe a corrente doutrinária que segue este caminho, a qual pode ser traduzida pela ideia de Fausto Martin de Sanctis: “deve-se, finalmente, aceitar a norma constitucional da forma como foi concebida, e não entendê-la como limitadora do legislador infraconstitucional”<sup>25</sup>.

Dez anos após a promulgação da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 9.605/1998<sup>26</sup> que, por sua vez, foi elaborada de modo regulamentar a previsão constitucional exposta no § 3º do artigo 225 da Constituição, uma vez que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A existência de uma lei específica para a tutela do meio ambiente, bem assim para a definição da reparação dos danos ambientais, é de extrema importância

---

22 A título de consideração da corrente doutrinária que defende a impossibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, como é o caso de Cezar Roberto Bitencourt, tem-se que esta linha baseia-se em dois elementos centrais: (a) falta de capacidade “natural” de ação, tendo em vista que todas as atividades relativas à pessoa jurídica são realizadas por pessoas físicas; e (b) carência de capacidade de culpabilidade, a qual tem por elementos constitutivos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, os quais são elementos que a pessoa jurídica não pode dispor.

23 SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal das Corporações e Criminalidade Moderna**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

24 **Art. 225**. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 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. BRASIL [Casa Civil]. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, 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 1 dez. 2020.

25 SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal das Corporações e Criminalidade Moderna**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68.

26 BRASIL [Casa Civil]. **Lei nº 9.605/1998**. Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em 1 dez. 2020.

para a real e efetiva proteção do meio ambiente, uma vez que garante a centralização desta temática e a uniformização e proporcionalidade das penas.

É importante expor, ademais, que a justificação da corrente que defende a viabilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas decorre, inclusive, porque “enquanto todos os demais ramos do direito consideram o elemento vontade das pessoas jurídicas capaz de lhe atribuir determinadas responsabilidades, até objetivas”, não faz sentido que a dogmática criminal continue alicerçada em preceitos defasados<sup>27</sup>. Nesse contexto, Klaus Tiedemann<sup>28</sup> precisamente afirma que “*si la persona moral puede concluir un contrato (p. ej. de compraventa), ella es el sujeto de las obligaciones que se originan y ella es quien puede violarlas. Esto quiere decir que la persona moral puede actuar de manera ilícita*”, isto é, se a pessoa jurídica pode celebrar um contrato de compra e venda, ela mesma também pode agir de modo a violar cláusulas deste contrato.

A nível do Superior Tribunal de Justiça, um caso frequentemente lembrado sobre a temática da responsabilização penal das pessoas jurídicas refere-se ao REsp nº 610.114/RJ<sup>29</sup>, julgado no ano de 2005, sob a relatoria do Ministro Gilson Dipp. Em seu voto, o Ministro não deixa de considerar as correntes contrárias à possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, mas afirma que o Direito, em sendo uma ciência dinâmica, deve acompanhar as demandas da sociedade e, portanto, se a pessoa jurídica é dotada de existência própria, com capacidade de praticar atos no meio social, pode vir a praticar, também, condutas típicas, o que lhe torna passível à responsabilização penal. Para além do reconhecimento, contudo, o Ministro consagrou a ideia de que a pessoa jurídica somente pode ser responsabilizada quando houver intervenção da pessoa física que atue em nome e em benefício do grupamento, uma vez que a atuação do colegiado em nome e em proveito da empresa é o que corresponde à própria vontade da pessoa jurídica. Este entendimento, inclusive, serviu de base para desprover o Recurso Especial em ques-

27 SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal das Corporações e Criminalidade Moderna**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86.

28 TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad Penal de las Personas Juridicas y Empresas em Derecho Comparado*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 3, nº 11, p. 21-35, jul./set., 1995, p. 28.

29 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 610.114/RN**. Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp. Julgado em 17/11/1995. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=594465&num\\_registro=200302100870&data=20051219&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=594465&num_registro=200302100870&data=20051219&formato=PDF)>. Acesso em 1 dez. 2020.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

tão, pois no presente caso a pessoa jurídica foi denunciada isoladamente pelo Ministério Público<sup>30</sup>.

No que se refere ao Supremo Tribunal Federal, tem-se que a mais alta Corte de justiça brasileira adota um posicionamento mais expansivo no que tange à possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, uma vez que, além de reconhecer esta possibilidade – como também é o caso do Superior Tribunal de Justiça –, afasta a necessidade de existência de ação penal em curso contra as pessoas físicas como requisito condicionante ao processamento e à atribuição de responsabilidade das pessoas jurídicas. Esta posição vem sendo adotada pela Suprema Corte desde 2013, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR<sup>31</sup>, de relatoria da Ministra Rosa Weber. Em seu voto, a Ministra afirmou que o art. 225, § 3º da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa e, portanto, promover esta exigibilidade significa uma indevida restrição da norma constitucional. Destacou, ainda, que o constituinte originário objetivou evitar as impunidades pelos crimes ambientais diante das imensas dificuldades no que tange à individualização dos responsáveis internos das corporações, bem como reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.

É de se observar, portanto, que as disposições doutrinárias, bem assim as construções jurisprudenciais das duas mais altas Cortes de justiça do ordenamento jurídico brasileiro, estão se posicionando no sentido de reconhecer a possibilidade de imputação penal às pessoas jurídicas, ainda que com determinadas variações dentro deste posicionamento. É importante ressaltar, finalmente, que a possibilidade de responsabilização criminal de pessoas jurídicas não pressupõe, de forma alguma, uma presunção de culpabilidade, o que, por sua vez, é vedado pelas noções de direito penal. O que se defende é que as pessoas jurídicas possuem capacidade de conduta, de modo que a ação ou a vontade de ação não figuram como fenômenos exclusivos dos seres humanos.

---

30 É importante ressaltar que o entendimento pela possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, desde que aliada à intervenção da pessoa física, tem sido predominante na Corte Superior de Justiça brasileira, de modo que a decisão proferida no REsp nº 610.114/RN tem servido de parâmetro para os casos posteriores.

31 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 548.181/PR**. Primeira Turma, Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em 06/08/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>. Acesso em 1 dez. 2020.

## 5 A TUTELA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO ÀS PESSOAS JURÍDICAS CONDENADAS PENALMENTE

A temática envolvendo a existência, ou não, de direitos de personalidade para as pessoas jurídicas já foi objeto de debate por muito tempo, mas, hodiernamente, a tendência predominante é pelo reconhecimento de que não há qualquer disposição expressa que limite a aplicação dos direitos de personalidade apenas às pessoas físicas e, uma vez que a Constituição Federal não faz a referida limitação, tem-se que não cabe ao intérprete fazê-la, inclusive porque os direitos e garantias fundamentais – como é o caso dos direitos de personalidade – devem ser interpretados à luz do princípio da máxima efetividade.

Ainda no que se refere ao princípio da máxima efetividade, tem-se que o inciso X do artigo 5º do texto constitucional brasileiro, o qual prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, deve ser interpretado expansivamente, de modo a alcançar, para além das pessoas físicas, também as pessoas jurídicas. Ademais, importante referir que, ainda quando vigente o Código Civil de 1916, o Superior Tribunal de Justiça, em 1999, editou a Súmula nº 227<sup>32</sup>, de modo a consagrar a possibilidade de que pessoas jurídicas sofram danos morais. Finalmente, o Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 52, dispõe que a proteção dos direitos de personalidade alcança, no que couber, as pessoas jurídicas.

Carlos Alberto Bittar<sup>33</sup>, jurista brasileiro consagrado por seus estudos relacionados aos direitos de personalidade, afirma que “são eles plenamente compatíveis com pessoas jurídicas, pois, como entes dotados de personalidade pelo ordenamento positivo (novo Código Civil, arts. 40 e 45), fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua essencialidade, como, por exemplo, os direitos ao nome, à marca, a símbolos e à honra”. Nesse contexto, “nascem com o registro da pessoa jurídica, subsistem enquanto estiverem em atuação e terminam com a baixa do registro, respeitada a prevalência de certos efeitos posteriores”.

Feitas estas breves e introdutórias considerações sobre a aplicabilidade dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, passa-se, então, à análise da possibilidade de aplicabilidade do direito ao esquecimento às

32 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 227**. Brasília, 1999. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula227.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf)>. Acesso em 30 nov. 2020.

33 BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 13-14.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

peças jurídicas. Aqui, para os objetivos do presente estudo, o foco está em empregar o direito ao esquecimento às pessoas jurídicas responsabilizadas penalmente.

O direito ao esquecimento, inclusive, tem sua origem relacionada com o direito penal, tendo em vista que foi primeiramente invocado nos julgamentos de casos que envolviam a possibilidade de reabilitação e reinserção social de pessoas condenadas criminalmente. O caso paradigmático que retrata esta realidade é conhecido como *Caso Lebach I*, julgado pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) em 1973, o qual é frequentemente lembrado em razão da colisão entre o direito ao livre acesso à informação e o direito à privacidade. No referido caso, um canal de televisão pretendia a reapresentação do documentário *Der Soldatenmord von Lebach*, que reproduzia um crime que vitimou quatro soldados alemães enquanto dormiam. Um dos condenados pelo crime, que estava prestes a sair da prisão quando da intenção da reprodução do documentário, entendeu que a referida veiculação prejudicaria sua possibilidade de ressocialização. O Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu pela prevalência do direito fundamental de proteção da personalidade, ressaltando que a reprodução do documentário não era dotada de relevância atual, de modo a não justificar o risco de prejuízo à sua ressocialização.

Por certo, o julgamento do *Caso Lebach I* não envolveu pessoa jurídica. Porém, o que se quer aqui demonstrar é a origem do direito ao esquecimento relacionada ao direito ao penal. Nesse sentido, uma vez conhecido que as pessoas jurídicas são dotadas de direitos de personalidade, bem assim que o direito ao esquecimento tem sua origem associada a casos criminais, e, finalmente, uma vez que, na atual conjuntura envolvendo o avanço tecnológico, as transformações das sociedades e o aumento de casos envolvendo a responsabilização criminal de pessoas jurídicas, passa a ser de extrema relevância e atualidade o exame da compatibilidade do direito ao esquecimento – como sendo um direito de personalidade – aplicável à pessoa jurídica.

André de Abreu Costa<sup>34</sup> afirma que a ideia que está subjacente ao esquecimento em sede penal é a prerrogativa de, uma vez extinta a condenação, “haver uma espécie de reconciliação do egresso com sua própria

---

34 COSTA, André de Abreu. Direito ao Esquecimento: o tempo na narrativa jurídica acerca da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a ser “deixado em paz”. **Tese de Doutorado**. Ouro Preto/MG: Universidade Federal de Ouro Preto, 2019, p. 102.

biografia, com uma identidade projetada na esfera pública a reescrever-se desconectada do evento delitivo que se insculpira em sua trajetória”, isto é, uma espécie de “oportunidade de o passado não mais estar presente – ao menos a partir do olhar do Direito sobre essa relação temporal constituída por ele mesmo – na vida juridicamente relevante do sentenciado”.

O instituto da reabilitação criminal está previsto nos artigos 93, 94 e 95 do Código Penal brasileiro, bem assim nos artigos 743 a 750 do Código de Processo Penal. A Lei de Execução Penal, por sua vez, em seu artigo 202, também prevê a reabilitação criminal, no sentido de que, uma vez cumprida ou extinta a pena, documentações oficiais dos órgãos policiais e judiciais não poderão fazer referência à condenação, exceto no que tange às situações expressamente previstas em lei. A reabilitação criminal, portanto, visa a restituição, ao condenado, ao *status quo ante*, no sentido de que haja a retirada, de sua ficha, de seus antecedentes criminais e anotações negativas nela contidas.

Júlio Fabbrini Mirabete<sup>35</sup> dispõe que a reabilitação “é um direito do condenado, decorrente da presunção de aptidão social, erigida em seu favor, no momento em que o Estado, através do juiz, admite seu contato com a sociedade”, isto é, trata-se de um estímulo concedido ao condenado, no sentido de sua completa regeneração, a partir da concessão de plenas condições para que ele volte ao convívio da sociedade sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos. Alana Leite, dispõe, por sua vez, que o “sigilo tem por escopo a efetivação do direito ao egresso do sistema prisional, onde o apenado possui a chance de novamente viver em sociedade e restabelecer os laços perdidos durante o tempo que passou encarcerado”<sup>36</sup>. Trata-se de um instituto, portanto, que produz efeitos positivos em favor da ressocialização do indivíduo que cumpriu sua pena.

Entende-se que as declarações feitas e as notícias veiculadas *ad aeternum* impedem a ressocialização das pessoas que, em que pese condenadas, já cumpriram suas penas e, portanto, já não possuem mais débitos ou pendências com a sociedade e com o Poder Judiciário. Isso porque, uma vez eternizadas as notícias – e, pior, eternizada a veiculação das notícias –, o crime parece permanecer eternamente continuado e, conseqüentemente, a condenação e a pena igualmente permanecem eternizadas.

---

35 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 347.

36 LEITE, Alana Sheilla Brito. Direito ao Esquecimento: eternização do crime e do criminoso. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-ao-esquecimento-eternizacao-do-crime-e-do-criminoso/>>.



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Na atualidade, a memória coletiva dos erros deixou de estar exclusivamente na imprensa, nos livros de história ou nos romances, e passou a figurar fortemente na internet, que atua como uma enciclopédia universal que é atualizada a cada minuto, com informações não necessariamente criteriosas ou previamente controladas. Nesse cenário, os erros passam a ser mais populares que os acertos, de modo que, em poucos instantes, milhares de pessoas poderão tomar conhecimento de seu tropeço. Surge, então, uma tensão entre o erro e o direito de não o ver propagado indefinidamente no tempo, tensão esta que está na raiz dos debates sobre o direito ao esquecimento<sup>37</sup>.

Inegável, portanto, que a legislação penal brasileira, ainda que sem a intenção de prever expressamente o termo “direito ao esquecimento”, é dotada de dispositivos legais que podem servir como fundamento ao direito ao esquecimento penal. Isso porque, uma vez existindo um direito subjetivo à ressocialização, “a reabilitação poderia ser o caminho para a efetivação dessa reconciliação com a memória individual e, na ótica do direito ao esquecimento, alguma forma de permitir um controle da identidade pública do sentenciado que houver terminado sua pena”<sup>38</sup>.

Importante se faz ressaltar, ademais, que a ideia de sigilo muito bem consegue representar a essência do instituto da reabilitação criminal. Isso porque a reabilitação não apaga qualquer traço do fato, bem como não cria uma nova narrativa para o fato, isto é, o fato continua existindo, sem que haja anistia ou extinção. Outrossim, o fato continua servindo aos institutos da reincidência e dos antecedentes<sup>39</sup>, de modo que o sigilo não

---

37 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos>>. Acesso em 9 dez. 2020.

38 COSTA, André de Abreu. Direito ao Esquecimento: o tempo na narrativa jurídica acerca da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a ser “deixado em paz”. **Tese de Doutorado**. Ouro Preto/MG: Universidade Federal de Ouro Preto, 2019, p. 122.

39 Necessário ressaltar, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que os registros da folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados maus antecedentes, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. Nesse sentido, o recentíssimo julgamento da Corte no AgRg no REsp 1.875.382/MG. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.875.382/MG**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma, julgado em 20/10/2020. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1995696&num\\_registro=202001190851&data=20201029&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1995696&num_registro=202001190851&data=20201029&formato=PDF)>. Acesso em 9 dez. 2020.

interfere no devido processo legal e na correta punibilidade do indivíduo. Em assim sendo, “a condenação criminal pelo fato vai continuar sempre existindo; não desaparece; mas a referência conexa desse acontecimento em relação ao sujeito que o tivera concretizado é que não pode mais ser feita”<sup>40</sup>.

Para além dos fundamentos legais e constitucionais já existentes sobre a temática, muito recentemente, em 1º de setembro do presente ano de 2020, passou a tramitar na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.418/2020<sup>41</sup>, de autoria do Deputado David Soares (DEM-SP), que tem por objetivo instituir e regulamentar o direito ao esquecimento penal. Trata-se de uma garantia concedida ao condenado, quando já tenha cumprido integralmente as penalidades, no sentido de não ser citado nominalmente ou de forma que facilite sua identificação, após seis anos, exceto no que tange aos crimes hediondos e crimes de corrupção, para os quais o prazo de seis anos será aumentado para doze anos. Ademais, outra significativa disposição prevê que o início da contagem do prazo independe de solicitação formal ao Poder Judiciário.

Esta ideia não significa dizer que se pretenda que o evento criminal deixe de existir, mas sim que, em sendo reconhecido o direito ao esquecimento no caso concreto, mediante as técnicas de ponderação de direitos fundamentais – uma vez que, por certo, o direito ao esquecimento colide, por exemplo, com os também direitos fundamentais à liberdade de expressão, ao acesso à informação e à liberdade de imprensa – ele não possa mais ser discursivamente e repetidamente reconstruído com referência àquela pessoa (jurídica ou não). Nesse sentido, André de Abreu Costa explica que “a condenação criminal pelo fato vai continuar sempre existindo; não desaparece; mas a referência conexa desse acontecimento em relação ao sujeito que o tivera concretizado é que não pode mais ser feita”<sup>42</sup>.

---

40 COSTA, André de Abreu. Direito ao Esquecimento: o tempo na narrativa jurídica acerca da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a ser “deixado em paz”. **Tese de Doutorado**. Ouro Preto/MG: Universidade Federal de Ouro Preto, 2019, p. 104.

41 BRASIL [Câmara dos Deputados]. **Projeto de Lei nº 4.418/2020**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2261313>>. Acesso em 8 dez. 2020.

42 COSTA, André de Abreu. Direito ao Esquecimento: o tempo na narrativa jurídica acerca da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a ser “deixado em paz”. **Tese de Doutorado**. Ouro Preto/MG: Universidade Federal de Ouro Preto, 2019, p. 104.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Entende-se que todas estas considerações sobre o direito o esquecimento penal e sobre o instituto da reabilitação criminal devem ser estendidas às pessoas jurídicas, que, uma vez dotadas da condição de sujeitos de direitos e deveres – e, portanto, podendo ser responsabilizadas criminalmente –, bem assim sendo dotadas de direitos de personalidade, podem ser objeto de consideração desta temática, inclusive por decorrência do instituto da analogia *in bonam partem*. Em assim sendo, e considerando a realidade atual no que tange à transformação das sociedades, a pessoa jurídica passa a ser dotada de titularidade para a tutela do direito ao esquecimento, de modo que o vilipêndio de sua imagem, credibilidade e privacidade, após cumprimento de pena decorrente de condenação criminal, pode ser, a depender das peculiaridades do caso concreto, objeto de tutela específica pelo direito ao esquecimento, de modo a assegurar a sua reintegração nas relações da sociedade, bem assim assegurar a concretude de suas funções.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade de risco e a sociedade da informação são reflexos das transformações tecnológicas que, ainda que em diversos níveis, atingiu todo o mundo. Estes fenômenos criaram novos riscos e novas formas de violação de bens jurídicos, de modo que o Direito, acompanhando as necessidades de seus destinatários, deve agir pra promover instrumentos de tutela aos bens jurídicos que são colocados em posição de vulnerabilidade.

A memória digital impede o controle sobre a possibilidade de esquecimento, uma vez que consolida uma massa de informações, independentemente da intenção individual das pessoas. A possibilidade e, mais recentemente, a consolidação do reconhecimento de um direito ao esquecimento tem se tornado cada vez mais intensa nos ordenamentos jurídico-constitucionais ao redor do mundo, justamente por decorrência de uma necessária adaptação do Direito às necessidades individuais e sociais. O direito ao esquecimento, então, surge como “nova” esfera a ser protegida pelo Direito, decorrendo da posição de vulnerabilidade que os direitos de personalidade são inseridos em razão da Era Digital e do *superinformacionismo*.

É necessário ressaltar, contudo, que a ideia de esquecimento e de sigilo das informações a que se pretende preservar não significa anistia ou extinção do fato, pois o mesmo continua existindo. Trata-se apenas

da preservação do passado informacional da pessoa – física ou jurídica – que, após cumprir sua pena, deseja se reintegrar à sociedade.

As pessoas jurídicas, por sua vez, uma vez sendo dotadas de personalidade, com direitos e deveres, bem assim podendo ser responsabilizadas penalmente por crimes ambientais que venham a cometer, nos termos do que bem dispõe a Constituição Federal de 1988, podem ter seus direitos de personalidades tutelados à luz do direito ao esquecimento, mediante análise das condições decorrentes dos casos concretos.

## REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo à uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRANCO, Fernando Castelo. **Pessoa Jurídica no Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL [Câmara dos Deputados]. **Projeto de Lei nº 4.418/2020.** Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2261313>>.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política.** Lisboa, 2005.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao Esquecimento na Internet: a *scarlet letter* digital. **Direito e Mídia.** SCHREIBER, Anderson (org.). São Paulo: Atlas, p. 184-206, 2013.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

COSTA, André de Abreu. Direito ao Esquecimento: o tempo na narrativa jurídica acerca da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo a ser “deixado em paz”. **Tese de Doutorado**. Ouro Preto/MG: Universidade Federal de Ouro Preto, 2019.

DINIZ, Maria Helena. Efetividade do Direito a Ser Esquecido. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 18, nº 1, p. 17-41, jan./abr., 2017.

LEITE, Alana Sheilla Brito. Direito ao Esquecimento: eternização do crime e do criminoso. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <<https://ambito-juridico.com.br/cadernos/direito-penal/direito-ao-esquecimento-eternizacao-do-crime-e-do-criminoso/>>.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento**. São Paulo: Novo Século, 2017.

MARTINS, Amanda Jales. **Direito ao Esquecimento no Âmbito da Criminalidade Econômica sob o Enfoque da Pessoa Jurídica**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. São Paulo: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2005.

PIERANGELLI, José Henrique. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e a Constituição. **Revista dos Tribunais**, v. 684, p. 278-285, out., 1992.

RODOTÀ, Stefano. *Dai ricordi ai dati l'oblio è un diritto?* **La Repubblica**, 30-01-2012. Disponível em: <<https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/01/30/dai-ricordi-ai-dati-oblio-un.html>>.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direito ao esquecimento, a culpa e os erros humanos. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-11/direito-comparado-direito-esquecimento-culpa-erros-humanos>>.

RULLI JÚNIOR, Antônio; RULLI NETO, Antônio. Apontamentos no Direito Brasileiro dentro do contexto da Sociedade da Informação. **Revista Esmat**, Palmas/TO, nº 6, ano 5, p. 11-30, jul./dez. 2013. Disponível em: <[http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista\\_esmat/article/view/57/63](http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/57/63)>.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade Penal das Corporações e Criminalidade Moderna**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur. **O Direito ao “Esquecimento” na Sociedade da Informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re) legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais convergências. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro**. TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 367-384, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 610.114/RN**. Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp. Julgado em 17/11/1995. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=594465&num\\_registro=200302100870&data=20051219&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=594465&num_registro=200302100870&data=20051219&formato=PDF)>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 227**. Brasília, 1999. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula227.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf)>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 548.181/PR**. Primeira Turma, Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em 06/08/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

TEIXEIRA, Patrícia Brito. Sociedade do Risco na Sociedade da Informação: gestão e gerenciamento de crise nas redes sociais. V **ABRAPCORP: redes sociais, comunicação, organizações**, 2011. Disponível em: <[http://www.abrapcorp.org.br/anais2011/trabalhos/trabalho\\_patricia.pdf](http://www.abrapcorp.org.br/anais2011/trabalhos/trabalho_patricia.pdf)>.

TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad Penal de las Personas Juridicas y Empresas em Derecho Comparado*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 3, nº 11, p. 21-35, jul./set., 1995.

# A OBRIGATORIEDADE DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO, FRENTE AO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE

Edson Cesar Pereira Leirias<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo verificar se a obrigatoriedade de identificação criminal, em especial através do perfil genético, é compatível com o sistema acusatório e, especialmente, com os princípios que lhe são inerentes. No primeiro capítulo, estudar-se-á a conceitualização e as dimensões dos direitos fundamentais. Em seguida, analisar-se-á os sistemas processuais penais existentes e qual se aplica no Processo Penal brasileiro. Em seguida, buscar-se-á conhecer os princípios inerentes ao sistema aplicado no Brasil. Por fim, observar-se-á se de acordo com as dimensões dos direitos fundamentais, do sistema processual penal aplicado no Brasil e seus princípios inerentes, é possível falar se a identificação criminal pelo perfil genético é compatível ou não com o sistema adotado no Brasil, com a Lei Maior, e com o Estado Democrático de Direito que se pretende.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Proporcionalidade. Sistema acusatório. Nemo tenetur se detegere. Identificação do perfil genético.

1 Mestrando em Direito – Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduado em Direito – Universidade Luterana do Brasil. Especialista em Ciências Criminais - Fundação Escola Superior do Ministério Público.



## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo verificar se a identificação criminal compulsória através da identificação do perfil genético é compatível com o sistema processual penal à luz da Constituição Federal.

Trata-se de assunto de extrema relevância, eis que, sendo incompatível, estar-se-ia ameaçando direitos fundamentais de extrema relevância que são as liberdades individuais em face do Estado, sendo hoje institutos basilares de um Estado Democrático de Direito. Da mesma sorte, sendo compatível, estar-se-ia diante de ameaças a um instrumento de grande relevância para a efetivação do dever do Estado de agir ativamente na garantia dos direitos fundamentais, como o direito a segurança e a eficaz resposta penal às atividades criminosas.

Destarte, no primeiro momento, estudar-se-á brevemente a conceitualização dos direitos fundamentais, notadamente as suas duas dimensões objetiva e subjetiva, a fim de melhor entender a proporcionalidade como instrumento de defesa, inclusive porque o seu desenvolvimento confunde-se com a evolução dos próprios direitos fundamentais.

Examinar-se-á os sistemas processuais penais existentes e qual deles se aplica atualmente no cenário jurídico brasileiro.

No item que segue, especial atenção será dispensada aos princípios inerentes ao sistema aplicado no Brasil, dada a relevância dos institutos para o desenvolvimento do presente trabalho.

Em seguimento, será analisado o instituto da identificação criminal e sua compatibilidade com o sistema processual penal aplicado no Brasil e seus princípios inerentes.

Desta forma, a problemática retratada é de fundamental importância, eis que através da identificação do perfil genético para a formação de um banco de dados criminais, estaríamos diante de uma clara violação da liberdade individual do indivíduo e, portanto, violando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ou diante de uma ferramenta de grande relevância no combate à criminalidade, auxiliando o Estado no cumprimento do seu dever de garantir efetividade aos direitos fundamentais (dimensão subjetiva).

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são habitualmente confundidos com os direitos humanos, contudo, se diferem, e sua principal diferença diz respeito ao âmbito de aplicação. Enquanto os segundos referem-se aos direitos inerentes ao ser humano, em âmbito internacional, os primeiros são direitos positivados por cada Estado, no seu ordenamento jurídico.

Entre diversas teorias que circundam os direitos fundamentais, vem se reconhecendo a sua dupla dimensão, ou dupla perspectiva, na medida em que podem se apresentar como subjetivos ou objetivos.

Na clássica concepção subjetiva, os direitos fundamentais constituem os direitos de defesa do indivíduo contra arbítrios do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade<sup>2</sup>. Assim, como menciona Ferrajoli, para além da função limitativa do poder, pode-se dizer que servem de legitimadores a Estados Constitucionais modernos, que sustentam uma política de respeitabilidade aos direitos dos indivíduos<sup>3</sup>.

Nesta ótica, os direitos fundamentais visam limitar o poder estatal, garantindo aos indivíduos o direito à liberdade individual, ou seja, um direito subjetivo que possibilita a insurgência contra indevidas interferências do Estado, na sua autonomia pessoal<sup>4</sup>.

No que tange aos direitos objetivos, esclarece Sarlet que os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito constitucional como um “conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais<sup>5</sup>. Desta forma, representariam um dever estatal de fomentar o direito, materializando na máxima medida possível os direitos fundamentais, ainda que não tenha havido provocação de um titular ou violação dos direitos subjetivos<sup>6</sup>.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Fabris, 2003. p. 168.

3 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo, RT, 2004. p. 689.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Fabris, 2003. p. 168.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: entre a proibição do excesso e de insuficiência**. Fortaleza. Revista Opinião Jurídica – Faculdade Christus, 2006. p. 171.

6 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo. Atlas, 2014. p. 117.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

É preciso pontuar que as duas dimensões não são conflitantes entre si, do contrário, se completam, de modo a formar um conjunto de direitos fundamentais com sua dupla função. Cada uma auxilia os direitos fundamentais a cumprir sua missão de normas fundamentadoras e regentes do Estado Democrático de Direito. Como bem preleciona Sarlet, os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, revelam efeitos potencialmente autônomos, ou seja, ainda que conexas, as dimensões objetiva e subjetiva não são necessariamente atreladas e dependentes entre si, mas servem como reforço<sup>7</sup>.

Diversos são os desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, especialmente a função desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, na condição de deveres de proteção, que imputa a este a incumbência de zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e a adotar medidas positivas das mais diversas naturezas a fim de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais<sup>8</sup>.

Ademais, é notável o quanto ambas as dimensões assumem destaque na seara penal e processual penal, posto que é nesse campo que a dimensão objetiva, através de uma atuação ativa do Estado, busca efetivar os direitos mais relevantes da sociedade, ao passo que na dimensão subjetiva, a proteção dos direitos individuais em face da arbitrariedade do Estado, também se mostra ainda mais importante, diante dos direitos a serem resguardados, como a liberdade.

Assim, vale ressaltar que os direitos fundamentais em sua dupla dimensão, possuem maior ou menor aplicabilidade no Processo Penal, diante do sistema processual adotado em cada Estado, razão pela qual passaremos ao estudo dos sistemas processuais penais existentes, analisando qual vigora atualmente no Brasil.

### 3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: DO SISTEMA INQUISITIVO AO SISTEMA ACUSATÓRIO

Compreender as características individuais dos sistemas processuais penais, se faz necessário a fim de buscar um melhor enten-

---

7 SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: entre a proibição do excesso e de insuficiência**. Fortaleza: Revista Opinião Jurídica – Faculdade Christus, 2006. p. 174.

8 Obra citada. p. 177

dimento da importância de alguns instrumentos inerentes ao Direito Penal adjetivo.

No que tange a definição, vale destacar as palavras de Paulo Rangel, para quem sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do Direito Penal a cada caso concreto<sup>9</sup>.

Destarte, podemos compreender o sistema processual penal como um conjunto de elementos que definem os procedimentos a serem seguidos para que o Estado possa aplicar o Direito Penal ao caso concreto.

Os sistemas processuais penais são classificados pela doutrina moderna em inquisitório, misto ou acusatório e se desenvolvem em cada Estado de acordo com o momento histórico, político e social, em que se encontram. Assim, diferentes países adotam o sistema que melhor se adapta ao contexto vivenciado em seu território. Quando o país tende a políticas mais democráticas, o sistema aplicado aproxima-se do acusatório e, quando tendente ao totalitarismo, caminha na direção do sistema inquisitório<sup>10</sup>.

### 3.1 Sistema inquisitório

O surgimento do sistema inquisitório (inquisitivo) remonta ao século XII, substituindo o predominante sistema acusatório privado, no qual eram os particulares os responsáveis pela acusação<sup>11</sup>. Tal sistema perdeu sua força diante da possibilidade de impunidade, haja vista que a inércia do particular em iniciar a ação penal ocasionava a não responsabilização do infrator.

Assim, ao transferir ao Estado a função de dar início à persecução penal, surge, no Direito Romano, o sistema inquisitório, que gradativamente foi sendo adotado e, em meados do século XV, já havia se difundido por toda Europa, ganhando ainda mais solidez diante da forte

---

9 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18 ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 49.

10 Obra citada. p. 49

11 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. – São Paulo. Saraiva, 2014. p. 97.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

influência do direito canônico<sup>12</sup>, pois foi fortemente empregado durante a Santa Inquisição.

Quando alguém se manifestasse contrário aos ditames da igreja católica era perseguido e sofria ação penal, na qual eram utilizados quaisquer meios de prova para alcançar a “verdade real”, inclusive a prisão cautelar como regra. O acusado podia ser torturado com fim de se alcançar a confissão que conduziria a condenação. Não raros eram os casos que a tortura se mostrava pior do que a pena aplicada ao final.

No sistema inquisitório é do Juiz (Estado) a função de iniciar e desenvolver a ação penal, acumulando a função de acusar, defender e julgar<sup>13</sup>. O processo é sigiloso, não há contraditório e as provas são geridas pelo juiz, com destaque para a confissão, que conforme dito, pode ser obtida até mesmo pela tortura<sup>14</sup>.

Nesse sistema, o objetivo do processo é apenas o julgamento no qual se busca a verdade real, de forma que o réu é apenas um objeto do processo, não possuindo quaisquer garantias individuais<sup>15</sup>.

O início do declínio do sistema inquisitório se deu com a Revolução Francesa, principiada no final do século XVIII, quando então se passou a defender a valorização do ser humano.

### 3.2 Sistema misto

A partir da Revolução Francesa há o surgimento do sistema misto que ainda contava com características do sistema inquisitório. Havia duas fases dentro do procedimento. Na primeira ele é sigiloso, escrito e sem direito ao contraditório e na segunda é público, onde prioriza-se a oralidade e há contraditório, livre apreciação da prova e a presença de juízes do povo<sup>16</sup>.

---

12 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2003. p. 40.

13 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 49.

14 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. p. 40.

15 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. rev. e atual. 3ª atual. – Campinas/SP. Millennium, 2009. p. 48.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 11 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 88.

Nesse sistema tem-se pela primeira vez a figura de pessoa diversa do juiz para promover a acusação, ainda sendo função do Estado. Essa é a origem remota do Ministério Público, que surge da necessidade de se dividir as funções de acusar e julgar, com fim de assegurar imparcialidade ao julgador<sup>17</sup>.

Contudo, o sistema misto ainda recebe muitas críticas de doutrinadores como Paulo Rangel, devido a primeira fase ainda ser de titularidade do Juiz, que atua ativamente na colheita das provas<sup>18</sup>.

No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli acredita que, diante da fraca existência de elementos acusatórios na fase preliminar, enquanto maiores os poderes dos órgãos inquiridores, ocorreu o fortalecimento do caráter autônomo da fase instrutória e o esvaziamento da fase judicial, traduzindo-se na mera repetição da primeira<sup>19</sup>. Até os dias atuais, predomina o sistema misto em quase todas as legislações da Europa, com maior ou menor intensidade<sup>20</sup>.

### 3.3 Sistema acusatório

No final do século XIX, um novo movimento avança lentamente pugnando pela exclusão do sistema inquisitivo da fase preliminar e, assim, aos poucos começaram a surgir diplomas processuais que flexibilizavam a fase instrutória e até incluía manifestações da defesa, inclusive a Lei de Constans na França (1897) foi a primeira a abolir o caráter inquisitivo da instrução<sup>21</sup>.

Quanto mais os Estados aproximavam-se de um Estado Democrático de Direito, mais aumentavam as garantias do acusado, assumindo os contornos do sistema acusatório<sup>22</sup>.

É possível afirmar que o sistema acusatório pode ser considerado como antítese do sistema inquisitório, uma vez que, enquanto o primeiro

---

17 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 103.

18 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 55.

19 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 454.

20 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. – 12 ed. rev. e atual. – São Paulo. Saraiva, 1990 p. 81.

21 Obra citada. p. 81.

22 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 56.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

caracteriza-se pela defesa das garantias individuais, o último as ignora por completo.

A diferença mais relevante do sistema acusatório é a separação das funções de acusar e julgar<sup>23</sup>. Nesse sentido, o juiz é órgão imparcial a quem incumbe apenas a função de julgar. A acusação, por sua vez, é feita outro ator do processo, a quem caberá a produção das provas. O réu passa a ter status de sujeito de direitos, sendo-lhe garantidos todos os meios necessários à sua defesa<sup>24</sup>. Desenvolve-se, assim, uma relação processual com *actum trium personarum*, com a tripartição das funções e na igualdade entre acusação e defesa e o distanciamento do julgador imparcial<sup>25</sup>.

Vale dizer ainda que embora a titularidade da ação ainda seja do Estado, através de órgão específico, em caso de inércia deste, o particular poderá mover ação autônoma subsidiariamente.

Outros princípios decorrentes de tal sistema, também merecem especial destaque, como no caso do contraditório e da publicidade. O primeiro é assegurado ao acusado, dando-lhe iguais condições de direito. O segundo, por sua vez, garante a transparência do procedimento, permitindo que seja fiscalizado pelo povo, inclusive quanto a obrigatoriedade da ação por parte dos acusadores públicos, garantindo assim, certeza e segurança a sociedade e aos ofendidos<sup>26</sup>.

Outro fator importante no sistema acusatório é a presunção de inocência, devendo o acusado, em regra, aguardar o trâmite do processo em liberdade, sendo a prisão cautelar uma exceção que deve, quando admitida, ser muito bem fundamentada<sup>27</sup>.

Diante do exposto, nota-se que o sistema acusatório prioriza a defesa das garantias individuais e dispense ao acusado tratamento digno e igualitário, tratando-o como um sujeito de direitos, razão pela qual vem ganhando espaço, superando gradativamente modelos ultrapassados como o sistema inquisitivo e o sistema misto.

---

23 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 454.

24 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 52.

25 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. p. 40.

26 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 456.

27 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo Penal**. - Niterói, RJ. Impetus, 2011. p. 5.

### 3.4 Sistema processual aplicado no Brasil

Atualmente o sistema processual penal aplicado no Brasil é o acusatório, considerando que há órgão estatal que promove a acusação, com exceção apenas para os casos de ação privada ou de ação pública subsidiária<sup>28</sup>.

De acordo com Mirabete, a Constituição Federal deixa claro a sua opção pelo sistema acusatório ao assegurar direitos como o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV); a ação pública de iniciativa do Ministério Público (artigo 129, I); publicidade dos atos processuais, salvo exceções para preservar a intimidade e o interesse social (artigo 5º, LX)<sup>29</sup>.

Vale mencionar que alguns doutrinadores, como Aury Lopes Junior sustentam que embora a Constituição Federal tenha alicerces que demarcam a adoção do sistema acusatório, o processo penal aplicado no Brasil, ainda possui traços inquisitórios, inclusive há diversos artigos do Código de Processo Penal que atribuem ao juiz poderes investigatórios, como por exemplo, a possibilidade do juiz buscar provas de ofício (artigo 156); decretar prisão cautelar de ofício (art. 311); condenar ainda que sem pedido do Ministério Público (art. 385)<sup>30</sup>.

Há correntes, que entendem ser misto o sistema processual penal adotado no Brasil, bem como quem defenda que o sistema adotado no Brasil é um sistema acusatório que não é puro. Para Paulo Rangel, há existência de um inquérito que será utilizado pelo juiz em momento posterior, eis que ao colher depoimentos, questiona a veracidade das informações prestadas no inquérito, não autoriza a conclusão de que adotamos sistema acusatório puro<sup>31</sup>.

No entanto, ainda que se verifique um dissenso entre os doutrinadores, no que tange a definição do sistema processual penal aplicado no Brasil, é inequívoco que a Constituição Federal tem com intenção aplicar o sistema acusatório ao processo penal brasileiro, diante da previsão de princípios e garantias individuais, inerentes a esse sistema. Portanto, os resquícios do sistema inquisitivo que ainda existem no sistema brasileiro, devem ser rechaçados.

---

28 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. p. 85.

29 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. p. 41.

30 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. p. 113.

31 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 56.



#### 4 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

Conforme visto, o sistema processual penal aplicado no Brasil é extraído dos ditames constitucionais, assim, o processo penal também deve observar estritamente os vetores Constitucionais. Nesse sentido, importante dizer que os princípios aplicados no Processo Penal são encontrados basicamente no texto da Lei Maior, alguns de forma expressa, outros que se depreendem do sistema constitucional.

Robert Alexy, no que tange aplicação dos princípios, nos ensina que eles são “comandos de otimização”. Como tais, exigem “que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas”<sup>32</sup>.

Destarte, podemos concluir que os princípios são os elementos que norteiam a aplicação das leis nos quais, muitas vezes, busca-se respostas para problemas complexos que possam surgir no processo.

Vejamos então alguns princípios aplicáveis no Processo Penal, sem exaurir a matéria, para que seja possível melhor compreender o tema do presente trabalho.

##### 4.1 Do devido processo legal

O princípio do devido processo legal remonta a Magna Carta dos barões ingleses ao Rei João Sem Terra. Na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LIV, consolida-se a garantia de que ninguém seja privado de seus bens ou da sua liberdade sem o devido processo legal. Pode ser compreendido como uma garantia constitucional contra a arbitrariedade e abuso por parte do poder estatal<sup>33</sup>.

Ainda por ser considerado como um princípio-matriz, que se desdobra em vários outros princípios, como o do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência<sup>34</sup>.

O princípio do devido processo legal, ainda garante que a pretensão punitiva passe necessariamente por procedimento regular, presidido

---

32 ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Parte I, capítulo I.

33 MACHADO, Angela C. Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz, *et al.* **Processo Penal**. São Paulo. Premier Máxima, 2009. p. 17.

34 MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. – 6ª ed. São Paulo. Atlas, 2014. p. 63.

por juiz competente, com base em provas colhidas lícitamente, respeitando o contraditório e a ampla defesa<sup>35</sup>.

O referido princípio ainda se subdivide em material e formal. Material, por representar garantia expressa materialmente na lei e na Constituição, determinando que o Estado respeite os direitos fundamentais da pessoa no processo, bem como seja dada interpretação justa as normas processuais. No plano formal, determina que sejam garantidas as formalidades previstas para o Processo Penal<sup>36</sup>.

Portanto é possível concluir que o princípio do devido processo legal é uma garantia constitucional processual que garante às partes o exercício pleno de seus direitos, poderes e faculdades<sup>37</sup>.

## 4.2 Do favor rei

Segundo Paulo Rangel, o princípio do favor rei:

[...] é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado<sup>38</sup>.

Assim, sempre que houver dúvida no processo, o *status libertatis* do acusado prevalecerá em face do direito de punir, em razão do risco a liberdade do acusado em uma eventual condenação injusta<sup>39</sup>. Do princípio *do favor rei* decorrem o princípio da presunção de inocência e princípio do *in dubio pro reo*.

O primeiro, possui previsão constitucional no art. 5º, inciso LVII, e assegura que ninguém é considerado culpado até o trânsito em julga-

---

35 TÁVORA, Nestor; Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

36 MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. p. 63 -64.

37 BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 100.

38 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. p. 36

39 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. p. 66.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

do de uma sentença condenatória<sup>40</sup>. Assim, duas regras precisam ser observadas no processo: a primeira é que não sejam realizadas restrições pessoais, fundadas apenas na possibilidade de condenação e; a segunda, imputa o ônus da prova relacionado à materialidade e autoria do crime, a acusação<sup>41</sup>.

O princípio do *in dubio pro reo* representa uma regra de valorização das provas e norteia decisões, haja vista que havendo dúvida, a decisão deve ser em favor do imputado<sup>42</sup>.

Vicente Greco Filho ressalta a relevância do princípio *in dubio pro reo*:

Na dúvida quanto à situação de fato, a conclusão deve ser absoluta, porque se fosse possível condenar sem provas suficientes isso equivaleria à condenação sem fundamentação e, portanto, à atuação arbitrária da justiça penal<sup>43</sup>.

Assim, o princípio *in dubio pro reo*, tem por escopo nortear a decisão do julgador que, se ao analisar as provas constantes nos autos, restar em dúvida, deve deliberar em favor do réu.

### 4.3 Nemo tenetur se detegere

O brocardo latim *nemo tenetur se detegere* se traduz para a máxima de que ninguém é obrigado a acusar-se<sup>44</sup>. Corolário desta máxima, temos a previsão constitucional do direito ao silêncio, previsto no artigo 5º, LXIII, e previsto também no art. 186 do Código de Processo Penal e no Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º, parágrafo 2º, alínea g.

---

40 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. p. 11.

41 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011. p. 47.

42 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. p. 14.

43 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 105.

44 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014. p. 1169.

Segundo Luigi Ferrajoli o princípio do *nemo tenetur se detegere*, é uma das bases do modelo garantista do sistema acusatório<sup>45</sup>. O referido princípio é o que fundamenta a não obrigatoriedade de o acusado responder ao que lhe for perguntado e de participar da produção de quaisquer provas<sup>46</sup>.

Nota-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* é considerado de fundamental importância em um Estado que adota um sistema acusatório, por ser ferramenta que impede os excessos do Estado contra o acusado.

#### 4.4 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade no direito constitucional não possui uma conceitualização unânime, especialmente no que tange a estrutura, emprego, fundamento ou racionalidade, em que pese sua hegemonia atual no mundo jurídico.

Historicamente é possível dizer que o princípio da proporcionalidade surgiu como uma forma de assegurar as liberdades individuais em face do Estado, refletindo as ideias jusnaturalistas do século XVII e XVIII, de que existiam direitos oponíveis contra o Estado e que deveriam ser respeitados<sup>47</sup>.

No decorrer da história, seu desenvolvimento acompanhou a evolução dos Estados, bem como dos direitos fundamentais e, à medida em que o Estado liberal de Direito evoluiu para formas de Estado social de Direito e os direitos fundamentais também evoluíram deixando de figurar apenas como limites ao agir do Estado, operando também como um conjunto de valores objetivos, orientando o ordenamento jurídico e reclamando prestações positivas destinadas a sua proteção<sup>48</sup>, uma nova face do princípio da proporcionalidade despontou: a proibição de proteção estatal deficiente.

---

45 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 486.

46 BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. p. 473.

47 BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília jurídica, 1996. p. 33-34.

48 FELDENS, Luciano. **Deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direitos humanos**. Disponível em: < <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/589/75>>. Acesso em: 30 de junho de 2020.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Gilmar Mendes ressalta que, do modo como veio se desenvolvendo na jurisprudência brasileira, a proporcionalidade se configura como “postulado constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal”, em sua dimensão substantiva. Assevera ainda o autor que o postulado é balizador do poder de conformação que compete ao legislador, em face de sua diretriz que proíbe o excesso.<sup>49</sup>

De forma similar, Humberto Ávila destaca que a proporcionalidade é um “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”.<sup>50</sup> Portanto, o emprego do postulado às restrições de direitos fundamentais, leva ao questionamento sobre a conformação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito, da medida restritiva em relação ao resultado que se deseja alcançar. Destarte, o princípio da proporcionalidade opera como ferramenta indispensável para aferir a legitimidade dos atos normativos que restringem direitos fundamentais.

Nos dias atuais, o princípio da proporcionalidade tem posição destacada no direito constitucional, haja vista que se tornou essencial dentro do assunto direito fundamental, principalmente, quando entram em cena as restrições, a caracterização de limites que precisam ser respeitados, e em caso de colisão, o critério a ser observado.

Com inspiração na jurisprudência alemã, a qual solidificou há muito tempo o entendimento de que a proporcionalidade traduz relevante meio de controle estatal, objetivando a concretização dos direitos fundamentais, a doutrina adota três subprincípios a serem observados para a aplicação da proporcionalidade. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No que diz respeito à adequação, pode-se entender que devem ser utilizadas medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir. Isto é, se o meio escolhido foi o adequado e pertinente para atingir o resultado almejado.

Em relação à necessidade, esta exige que o poder Judiciário verifique se a decisão tomada para atingir o fim almejado é a que produz menor prejuízo às partes envolvidas.

---

49 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

50 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito está ligada à ponderação. Pois, como compreendido, a proporcionalidade obriga a uma análise das vantagens e desvantagens que a decisão trará. Ou seja, cumpre verificar se o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que se buscou preservar.

Analizados esses subprincípios, o aplicador do direito realizará um exercício de ponderação considerando todos os interesses em questão visando uma solução constitucionalmente adequada, com argumentos sólidos e coerentes.

Nessa ótica, o referido princípio assume grande relevância dentro de um Estado que busca aplicar o sistema acusatório, eis que visa assegurar a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais, tanto sob a ótica da proibição do excesso, quanto sob a vertente da proibição de proteção deficiente.

## **5 A OBRIGATORIEDADE DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO**

A obrigatoriedade da identificação criminal no ordenamento pátrio foi prevista inicialmente no Código de Processo Penal de 1941, sendo aplicada ao autuado no inquérito policial, através do exame datiloscópico.

A Constituição Federal de 1988, a fim de evitar a exposição desnecessária dos imputados, trouxe em seu art. 5º, LVIII a previsão de que o civilmente identificado não seria submetido a identificação criminal, se não nas hipóteses legais.

Em 01 de outubro de 2009, foi editada a Lei nº 12.037/2009, que acrescentou a identificação fotográfica, como forma de identificação criminal. E em 28 de maio de 2012, a Lei nº 12.654 inseriu inovações na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), incluindo o ácido desoxirribonucleico (DNA) como método de obtenção de evidências na investigação criminal.

Vale dizer que no referido diploma admite-se a coleta compulsória de material genético de autuado ou condenado, em situações específicas e armazenando-se em banco de dados para a elucidação de possíveis crimes futuros.

Menciona-se que a Lei nº 12.654/2012, que prevê o banco de dados com perfil genético por meio da extração obrigatória de DNA de condenados, tem sido questionada junto ao Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº 973837, com repercussão geral reconhecida.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Em 2019 surge o polêmico pacote anticrime, de autoria do Ministro da Justiça Sergio Moro, projeto que, após algumas modificações, foi convertido na Lei nº 13.964/2019, trazendo significativas mudanças no que tange a disciplina do “Banco Nacional de Perfil Genético”, assentado no art. 9º-A da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84).

Cumprir destacar que que nos moldes pretendidos pelo pacote anticrime, a medida seria aplicável a todos os condenados por crimes dolosos, ainda que recorríveis. Assim, delitos como os crimes contra honra, por exemplo, estariam aptos à extração compulsória de DNA. O que poderia causar um alargamento desmedido do já polêmico banco criminal genético.

É inegável que na sociedade moderna, onde a criminalidade vem se aperfeiçoando cada vez mais, é necessário que o combate ao crime também utilize-se de aprimorados mecanismos investigativos.

Conforme já mencionado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, exige do Estado uma postura ativa no seu dever de proteção eficiente dos direitos da sociedade. Assim, o Estado deve se valer de ferramentas que o auxiliem a cumprir esse dever. Contudo, deve haver limites para a sua atuação.

Fato é que a extração de material genético com objetivo de criar de um banco de dados formado pelo DNA de condenados, aparenta modernização e refinamento das ferramentas investigativas, no entanto, não são raras as opiniões doutrinárias que entendem que a ferramenta esbarra na garantia do *nemo tenetur se detegere*, bem como outros direitos individuais, indispensáveis para a contenção do abuso do poder punitivo estatal.

Machado de Carvalho, afirma que a utilização do corpo do imputado para buscar a verdade no caso penal, remeteria as metodologias utilizadas pelo sistema inquisitivo, inadmissível no sistema acusatório. Sob essa ótica, a “intervenção corporal obrigatória” aos condenados, sem uma razão processual verdadeiramente sólida apenas serviria a uma situação futura e hipotética e não passaria pelo juízo de proporcionalidade, não sustentando tamanha invasão<sup>51</sup>.

De outra forma, há entendimentos, como o de Maria Elizabeth Queijo, que observa serem possíveis limitações ao *nemo tenetur se detegere*, desde que previstas em lei e observado o princípio da proporcionalidade. Para a autora, há “forte tendência nos ordenamentos a mitigar as

---

51 CARVALHO, Diego Machado de. **As Intervenções Corporais no Processo Penal: entre o desprezo, o gozo e a limitação de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 147-150.

garantias advindas do referido princípio, dando-se prevalência ao interesse do Estado e da sociedade na persecução penal<sup>52</sup>.

Chamando atenção para os deveres do imputado, Marteleto Filho afirma que:

“[...] o réu possui deveres de cooperação passiva, legitimando-se a realização de inspeções, buscas pessoais, registros, reconhecimentos pessoais e mesmo das intervenções corporais coercitivas, no sentido de se colher material genético para a realização de exames de DNA e de outras perícias, conforme se prevê, verbia gratia, na Alemanha, na Espanha, na Itália, na Inglaterra, em Portugal e nos Estados Unidos, assim como em vários países sul-americanos, como a Argentina, o Chile, o Peru e a Colômbia, com as particularidades de cada ordenamento.<sup>53</sup>”

Contudo, Maria Elizabeth Queijo, reitera a necessidade de cautela na determinação e a necessidade de se observar a proporcionalidade da restrição, citando que:

Se a lei restritiva for compatível com a Constituição, a proporcionalidade da restrição deverá ser examinada em concreto. Se a restrição for determinada, mesmo não havendo proporcionalidade, haverá violação ao *nemo tenetur se detegere* e a prova colhida será ilícita<sup>54</sup>.

Para Carvalho caberia escolher a medida menos invasiva e menos violadora dos direitos fundamentais do imputado. Dessa forma, se a prova de DNA pode ser produzida através de saliva, que é menos agressiva, não haveria razão para se impor a extração de sangue.<sup>55</sup>

Como se observa, não há consenso doutrinário no que tange a compatibilidade da previsão de identificação criminal através do perfil genético, com o regramento constitucional e com o próprio sistema acusató-

---

52 QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 547-548.

53 MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 3.

54 Ibidem. p. 548.

55 Obra citada. p. 77.



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

rio, ante a uma possível violação de princípios inerentes a esse sistema, o que poderia resgatar traços do sistema inquisitivo que tanto se busca superar.

Por outro lado, a possibilidade de utilização de tal mecanismo, revela-se de grande importância no cumprimento do dever de efetividade que, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, compete ao Estado, haja vista que a criminalidade atual não encontra limites, utilizando de meios cada vez mais engenhosos. Sendo assim, o Estado também precisa utilizar de mecanismos modernos e eficazes que, contudo, encontram barreiras no respeito as garantias individuais tão importantes em um Estado Democrático de Direito.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível observar com o presente trabalho que os direitos fundamentais, tidos como aqueles inerentes ao indivíduo, mas positivados no ordenamento constitucional de cada Estado, podem ser analisados em sua dupla perspectiva: subjetiva e objetiva. Enquanto a primeira visa proteger o indivíduo dos excessos estatais, o segundo põe o Estado na função de guardião dos direitos fundamentais, exigindo deste uma postura positiva na garantia de tais direitos aos cidadãos.

De acordo com o sistema processual adotado em cada Estado tem-se em maior ou menor grau a existência e o respeito aos direitos fundamentais, sendo no sistema processual acusatório que o imputado passa a ter status de sujeito de direitos e não mais de objeto do processo. Sistema esse que a Constituição Federal brasileira pretende aplicar, diante o que é possível extrair de seus comandos.

Do sistema processual penal acusatório, se extrai diversos princípios indispensáveis, dentro os quais se encontram o devido processo legal, o contraditório o *nemo tenetur se detegere*, a paridade de armas, o favor rei, a proporcionalidade em sua dupla perspectiva.

No que tange a identificação criminal, foi possível perceber que sua evolução se dá a partir do Código de Processo Penal de 1941, primeiro diploma a prever forma de identificação criminal, até chegar à inovação trazida pelo pacote anticrime, que visa a identificação genética compulsória de todo apenado condenado, ainda que de sentença recorrível.

É preciso dizer que dentro da perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é dever do Estado agir de forma ativa na garantia dos direitos fundamentais da sociedade. Ainda, é inegável que a

criminalidade moderna tem produzido avanços no que tange as formas de delinquir e suas ferramentas, de forma que o sistema processual penal também deve acompanhar essa evolução adotando meios modernos e eficazes de enfrentamento à criminalidade.

No entanto, não se pode negar que embora a identificação do perfil genético tenha ares modernos e de efetividade, ainda ameaça limitar e restringir direitos fundamentais de extrema relevância, como o direito de não se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*), presunção de inocência, favor rei e devido processo legal.

Nota-se que tais direitos individuais, que correspondem a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, são de extrema importância dentro de um Estado Democrático de Direito e especialmente, em um sistema processual acusatório. Negar vigência a esses princípios seria admitir o regresso a aspectos do sistema inquisitivo, abrindo espaço para a barbárie e a arbitrariedade, o que não se pretende e entraria na contramão da evolução da sociedade.

Contudo, há de se admitir que nenhum direito pode ser considerado como absoluto e que um superdimensionamento do princípio do *nemo tenetur se detegere*, poderia negar eficiência a Justiça Penal e assim, a segurança que a sociedade almeja.

Dessa forma, é possível considerar que o princípio da proporcionalidade ainda é a melhor ferramenta no que tange a resolução desse conflito. Nota-se que a flexibilização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, não lhe nega vigência, apenas o aplica em menor medida, o que se admite quando se fala em princípios. Assim, devem ser analisadas as circunstâncias do caso concreto para que assim se possa chegar à conclusão da necessidade (ou não), da identificação do perfil genérico compulsório, devendo ser admitida apenas como última medida, sendo preterida sempre que houver formas menos invasivas disponíveis e apenas quando se mostrar de extrema relevância.

Por fim, essa parece ser a resposta mais adequada a uma problemática extremamente importante da sociedade moderna, que visa dar certeza e segurança aos seus indivíduos e, ao mesmo tempo, proteger a sua liberdade individual dos arbítrios estatais que não tem espaço no sistema acusatório pretendido pela nossa Lei Maior e no Estado Democrático de Direito que ela instituiu.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. 1ª ed. – Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2014. Parte I, capítulo I.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília jurídica, 1996.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

BRITO, Alexis Couto de; Fabretti, Humberto Barrionuevo; Lima, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3ª ed. – São Paulo. Atlas, 2015.

CARVALHO, Diego Machado de. **As Intervenções Corporais no Processo Penal: entre o desprezo, o gozo e a limitação de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2014.

FELDENS, Luciano. **Deveres de proteção penal na perspectiva dos tribunais internacionais de direitos humanos**. Disponível em: < <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/589/75>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo, RT, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói, RJ. Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

MACHADO, Angela C. Cangiano; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Processo Penal**. São Paulo. Premier Máxima, 2009.

MACHADO, Antônio Alberto. Curso de Processo Penal. 6ª ed. São Paulo. Atlas, 2014.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Curso de Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. rev. e atual. 3ª atual. Campinas/SP: Millennium, 2009. p. 48.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no Processo Penal Contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte. Del Rey, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo. Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Fabris, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: entre a proibição do excesso e de insuficiência**. Fortaleza. Revista Opinião Jurídica – Faculdade Christus, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

TÁVORA, Nestor; Alencar, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo Saraiva, 1990.

# A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM FACE DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE LEGAL PERSON BY THE EXPANSION OF CRIMINAL LAW IN THE RISK SOCIETY

Renata Vielmo Guidolin<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem por finalidade examinar a evolução da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação do instituto pelos Tribunais Superiores pátrios em face da realidade imposta pela Sociedade de Risco. A este efeito, a primeira parte do estudo examina a Sociedade de Risco e os bens jurídicos expostos a risco em face da globalização. A segunda parte do texto centra-se no estudo da tendência de responsabilização penal da pessoa jurídica como efeito da expansão do Direito Penal. Por fim, a terceira parte do texto se propõe ao exame do cenário brasileiro da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para alcançar a finalidade pretendida foi utilizado o método dedutivo sob metodologia hipotético-dedutiva.

**Palavras-chave:** Sociedade de risco; Globalização; Bens jurídicos; Direito Penal; Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.

1 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Especialista em Direito Tributário Empresarial pela FGV (2005). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS (2002). Advogada. Endereço eletrônico: renata@guidolinadvogados.adv.br

ABSTRACT

The present article has the scope of examine the evolution of the criminal responsibility of the legal person in the Brazilian legal system and the application of the institute in the Superior Courts notwithstanding the reality imposed by the Risk Society. For this, the first part of the study examines the Risk Society and legal assets exposed to the risk in spite of globalization. The second part of the text focuses on studying the bias towards the criminal responsibility of the legal person as an effect of the expansion of criminal law. Finally, the third part of the text proposes to examine the Brazilian scenario of criminal responsibility of legal persons. To achieve this purpose, it was used the deductive method under hypothetico-deductive methodology.

**Keywords:** Risk society; Globalization; Legal assets; Criminal Law; Criminal responsibility of legal persons.

1 INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade penal de pessoas jurídicas tem fomentado amplos debates doutrinários nos diversos ordenamentos jurídicos mundiais, e também no Brasil, onde a matéria foi disciplinada de forma pioneira pela Lei dos Crimes Ambientais, Lei nº 9.605 de 1998. Em nosso país, ao contrário de outros locais onde a matéria da responsabilidade penal de pessoas jurídicas foi inserida legislativamente no plano das codificações, o tema se refere somente aos crimes ambientais. É possível verificar na doutrina pátria ampla discussão sobre a questão, sendo que a maioria dos doutrinadores apresenta postura crítica e nega a possibilidade da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, defendendo o brocado *societas delinquere non potest*, segundo o qual não é possível a punibilidade dos entes coletivos, sendo admitida apenas a responsabilização civil e administrativa dos entes morais. De modo oposto, há corrente doutrinária defensora do *delinquere ut universi*, que teve início na Europa continental, sendo conhecida em vários locais da Europa<sup>2</sup>.

---

2 BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro, p. 86;

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é tema pacífico nos países com sistemas jurídicos ditos *common law*, os sistemas consuetudinários. De outra banda, nos países que, assim como o Brasil, adotam o sistema romano-germânico, a possibilidade de responsabilizar penalmente o ente moral vem progredindo<sup>3</sup>. No ordenamento jurídico pátrio a possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica foi introduzida para coibir a prática de crimes ambientais. O maior fundamento da proteção ambiental foi inserido no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 225, § 3º, que introduziu um capítulo destinado a salvaguardar o meio ambiente, com a preocupação da preservação e proteção ambiental como um dever do Estado e também da coletividade.

Percebe-se, desde as transformações ocasionadas pela Revolução Industrial, que a natureza vem sofrendo com a degradação provocada pelo homem, o que impacta de forma negativa a qualidade de vida e expõe a riscos as gerações atuais e futuras. Tal acontecimento justifica uma maior proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, tanto por parte do Poder Público como por toda a coletividade. Em face deste ataque sofrido contra bens jurídicos coletivos, verifica-se uma expansão do Direito Penal, com a busca da imputação também ao ente moral. A questão que se coloca é refletir se a repressão em face dos danos causados em decorrência da atividade da pessoa jurídica seria ou não mais eficaz com a aplicação das normas de outros ramos do Direito, como o Direito Civil e Direito Administrativo.

Assim, o presente artigo tem por finalidade examinar a evolução da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro e a aplicação do instituto pelos Tribunais Superiores pátrios. A este efeito, a primeira parte do estudo examina a sociedade de riscos e os bens jurídicos expostos a risco em face da globalização. A segunda parte do texto centra-se no estudo da tendência de responsabilização penal da pessoa jurídica como efeito da expansão do Direito Penal. Por fim, a terceira parte do texto se propõe ao exame do cenário brasileiro da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para alcançar a finalidade pretendida foi utilizado o método dedutivo sob metodologia hipotético-dedutiva.

---

3 JATOBÁ, Augusto César Maurício de Oliveira; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot, Ponderações sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais, p. 29;



## 2 SOCIEDADE DE RISCOS E OS BENS JURÍDICOS EXPOSTOS A RISCO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO

A teoria da sociedade de risco foi formulada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, na década de 1980, mais precisamente em 1986, logo após o desastre de Chernobyl. É atribuída ao sociólogo alemão a diferenciação de uma primeira modernização, que acontece ao longo da industrialização e criação da Sociedade de Massas da Revolução Industrial do século XVI em diante, e uma segunda modernização, na qual a sociedade se encaminha à globalização e às transformações tecnológicas<sup>4</sup>. A sociedade de risco, no entender do sociólogo alemão, é apresentada como uma formatação social distinta da industrial, marcada por relações sociais instáveis, pautadas pela incerteza e pela diluição das estruturas rígidas que caracterizavam a sociedade industrial, como a indústria, a família e a igreja. O risco, nesse contexto, é trabalhado por Beck como uma consequência inerente à nova dinâmica social, à maneira como a sociedade lida com as questões econômicas, políticas e sociais. Beck destaca os desastres ambientais e exemplifica sua teoria com o surgimento da televisão e a forma como as grandes corporações características da globalização ingressam e influenciam a vida das pessoas.

A ideia central da teoria da sociedade de risco apresentada por Beck em 1986 é de que a sociedade industrial, que tem como característica a produção e distribuição de bens, foi afastada pela sociedade de risco, onde a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da primeira modernidade<sup>5</sup>. Nesse contexto, os riscos, que acarretam consequências de alta gravidade para a saúde humana e para o meio ambiente e são desconhecidos a longo prazo, tendo sido criados pelo desenvolvimento da ciência e da técnica, pelas mesmas não teriam mais como ser controlados. O sociólogo alemão aponta os riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos, que foram produzidos industrialmente, externalizados economicamente, individualizados ju-

---

4 LEAL, Rogério Gesta. Os tensos equilíbrios sociais na sociedade de riscos: reflexões preliminares. In. *Anais do I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*. FMP. 2016, p. 90. Disponível em: <https://www.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2018/03/anais-do-i-seminario-nacional.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020;

5 GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. In *estudos Sociedade e Agricultura*, v. 9, n. 1, n. 16 – abril 2001, p. 95. Disponível em: <https://revistaesa.com/ojs/index.php/esa/article/view/188>. Acesso em: 11 Jul. 2020;

ridicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente, e que no seu entender gerariam uma nova forma de capitalismo e uma nova economia<sup>6</sup>. Em estudo da obra de Beck, Julia Guivant<sup>7</sup> refere que os riscos são democráticos, uma vez que afetam nações e classes sociais distintas, de forma que o conceito de sociedade de risco se entrelaça com o conceito de globalização. A autora afirma ainda que segundo Beck o conceito da sociedade de risco propiciaria a compreensão do caminho pelo qual as soluções devem ser formuladas. Tal recorte pode ser bem compreendido com o seguinte trecho da obra de Ulrich Beck:

El concepto de «sociedad industrial o de clases» (en el sentido más amplio de *Marx y Weber*) giraba en torno a la cuestión de cómo se puede repartir la riqueza producida socialmente de una manera desigual y *al mismo tiempo* «legítima». Esto coincide con el nuevo *paradigma de la sociedad del riesgo*, que en su núcleo reposa en la solución de un problema similar y sin embargo completamente diferente. ¿Cómo se pueden evitar, minimizar, dramatizar, canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de «efectos secundarios latentes» de tal modo que ni obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo «soportable» (ecológica, médica, psicológica, socialmente)?<sup>8</sup>

Anthony Giddens comunga deste pensamento, e afirma que a população de um modo geral é afetada por muitos dos novos riscos e incertezas, não importando onde viva o indivíduo ou quão privilegiado ou carente seja<sup>9</sup>. Tal ocorre porque os riscos estão ligados à globalização, ao fato de que a ciência e a tecnologia tornaram-se elas mesmas globalizadas. O autor aponta ainda que a globalização põe também em risco as questões ligadas à economia eletrônica global, e assevera que o risco está estreitamente associado à inovação. Sobre o risco Giddens ensina ainda que “nem sempre cabe minimizá-lo; a união ativa dos riscos financeiro e

6 GUIVANT, op. cit., p. 95;

7 GUIVANT, op. cit., p. 96;

8 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós. 2002, p. 25;

9 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 15;

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

empresarial é a força propulsora mesma da economia globalizante.”<sup>10</sup> A respeito da globalização o mesmo autor afirma que o fenômeno é político, tecnológico, cultural e econômico, tendo sido influenciado pelo desenvolvimento nos sistemas de comunicação que remontam ao final da década de 1960<sup>11</sup>. Assim, a globalização se afigura como um conjunto complexo de processos, não constituindo um processo singular. Nas palavras de Giddens<sup>12</sup>, a globalização puxa para cima e empurra para baixo, criando novas pressões por autonomia local; e também pressiona para os lados, criando novas zonas econômicas e culturais dentre e através das nações, como, por exemplo, o Vale do Silício na Califórnia.

Essas mudanças, que foram propiciadas pela tecnologia e pela difusão cultural e também pelas decisões governamentais no sentido de liberalizar e desregular suas economias nacionais, estão sendo forçadas por uma gama de fatores, sendo alguns estruturais e outros mais específicos e históricos, constituindo as influências econômicas as forças impulsivas, especialmente o sistema financeiro global. Há que se perceber, contudo, que a globalização não está progredindo de forma igualitária, bem como não pode ser considerada totalmente benéfica em suas consequências. O risco ecológico e a crescente desigualdade podem ser apontados como graves problemas da sociedade globalizada. Giddens<sup>13</sup> afirma ser inegável que as nações ocidentais, de modo mais geral os países mais industrializados, ainda exercem maior influência sobre os negócios mundiais do que os estados mais pobres. Mas o fenômeno globalização está cada vez mais descentralizado, não se submetendo a um grupo de nações ou de grandes empresas. Seus impactos são verificados tanto nos países ocidentais quanto em qualquer outro lugar. O autor ressalta ainda que eventual resistência à globalização econômica, com opção pelo protecionismo econômico, pode representar uma tática equivocada, tanto para nações ricas quanto para as pobres. Para Giddens, “a globalização não é um acidente em nossas vidas hoje. É uma mudança de nossas próprias circunstâncias de vida. É o modo como vivemos agora.”<sup>14</sup>

Nesse cenário, em face da expansão de novos riscos, é possível afirmar que o Direito Penal sofreu um movimento de expansão. Nessa

---

10 GIDDENS, op. cit., p. 15;

11 GIDDENS, op. cit., p. 21;

12 GIDDENS, op. cit., p. 23;

13 GIDDENS, op. cit., p. 26;

14 GIDDENS, op. cit., p. 29;

toada, bens coletivos e interesses difusos, como o meio ambiente sustentável, passaram a ser tutelados pelo Direito Penal.

### **3 TENDÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA COMO EFEITO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL**

A transformação socioeconômica e ambiental e os riscos daí advindos são fatores que influenciaram a criação de novos bens jurídicos e a pretensão de sua tutela pelo Direito Penal. Assim, em razão da assunção de novos riscos pela sociedade, é possível afirmar que a ocorrência da expansão do Direito Penal, surgindo a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, um tema polêmico que vem sendo palco de importante discussão e reflexão nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Com o advento da sociedade industrial, a industrialização em larga escala se estabeleceu, possibilitando o comércio massificado. A lógica neste momento era da fonte inesgotável dos recursos ambientais, do culto à ciência e da superioridade do homem, o que acarretou a dissociação entre o indivíduo e o meio ambiente, sobrevivendo novas ameaças à natureza, decorrentes da decisão humana, individual ou coletiva, governamental ou não, sendo possível afirmar a ocorrência de riscos fabricados<sup>15</sup>. Em virtude da adoção dos sistemas capitalista e de produção intensa revelou-se a conversão de riscos em danos ambientais.

Em decorrência da nova visão de mundo instalada na sociedade industrial, os riscos eram entendidos como meros efeitos colaterais obscuros, uma vez que necessários ao crescimento econômico. Ocorre que estes riscos foram gradualmente potencializados, aceitos pela sociedade, ocultados ou negados por agentes estatais e econômicos, possibilitando, dessa maneira, o nascimento de ameaças de prejuízos imprevisíveis, abstratos e incalculáveis<sup>16</sup>. De acordo com a lição de Ulrich Beck<sup>17</sup>, estas novas possibilidades de prejuízos transcendem fronteiras e são supranacionais, sendo detentoras de um “efeito boomerang”, uma vez que até mesmo os que produzem o risco, na condição de culpado, serão também vítima

---

15 GUARAGNI, Fabio André; BARROS, Ellen Galliano; MOSER, Manoela Pereira, Responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à luz do modelo construtivista de autorresponsabilidade, p. 4;

16 GARAGNI, op. cit. 4;

17 BECK, 2002, p. 42;

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

do risco. Neste ponto reside a reflexividade desta sociedade, onde as consequências negativas da ação incontrolada do homem, por meio de sua conduta negligente, irracional e despreocupada com a ecologia, retornam contra ele mesmo.

Nesse cenário, o “estado de segurança”, que em momento anterior era comprometido com a proteção da população, agora se vê fragilizado em virtude da insuficiência das suas estruturas de fiscalização, prevenção e repressão de ações antiecológicas<sup>18</sup>. Em face desta realidade, na busca da consagração da proteção do ecossistema equilibrado, surge um movimento de expansão do Direito Penal, com a tutela de novos bens jurídicos. A partir da metade do século XX surge a previsão dos direitos fundamentais de terceira geração, de dimensão solidária, dentre eles o meio ambiente natural<sup>19</sup>.

No Brasil o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi objeto de proteção constitucional, conforme os ditames do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que elevou o tratamento do meio ambiente ao patamar constitucional, acontecimento que a doutrina nomeou de Constitucionalização do Direito Ambiental, criando-se um Estado Democrático Social de Direito Ambiental<sup>20</sup>.

Ao meio ambiente ecologicamente equilibrado Mariana Barbosa Cirne<sup>21</sup> identifica oito significados, quais sejam:

- a) equilíbrio como busca de harmonia entre os elementos da natureza e o homem;
- b) decorre do direito à vida, como qualidade de vida;
- c) bem incorpóreo, de interesse público, pertencente à coletividade;
- d) dever de responsabilidade compartilhada sobre o meio ambiente;
- e) direito com uma perspectiva para o futuro;
- f) ensejador de uma cidadania, pautada na participação popular;
- g) impõe ao Estado limitar as atividades que causem degradação;
- g) sustentabilidade, pois as gerações atuais não podem deixar para as gerações futuras um estoque inferior de recursos ambientais.

---

18 *Apud* GUARAGNI, Fabio André; BARROS, Ellen Galliano; MOSER, Manoela Pereira, Responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à luz do modelo construtivista de autorresponsabilidade, p. 5;

19 CIRNE, Mariana Barbosa. O que é direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado?, p. 4;

20 JATOBÁ *et al*, *op. cit.*, p. 31;

21 CIRNE, *op. cit.*, p. 7;

Este direito é reconhecido com um direito de eficácia plena e de terceira dimensão, uma vez que representa um bem coletivo, de natureza difusa e indispensável à vida no planeta, e por tal motivo é exigida a tutela do Estado<sup>22</sup>.

Em face desta nova realidade, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica na seara criminal por ato ilícito contra a sustentabilidade ambiental, disciplinando tal possibilidade o § 3º do referido artigo 225 da Carta Magna, conforme acima referido. Em sendo a infração cometida por decisão de representante legal ou contratual, ou do órgão colegiado, com propósito de alcançar interesse ou benefício da pessoa jurídica, há previsão da tríplice responsabilidade para pessoa jurídica (administrativa, civil e penal), figurando a pessoa física como autora, coautora ou partícipe.

Ainda, referido dispositivo constitucional impõe à legislação extravagante criminalizar condutas antiecológicas, e assim inaugurou a Lei nº 9.605/98, conhecida Lei dos Crimes Ambientais, que criminalizou variadas ações em desfavor da sustentabilidade do ecossistema, além de atribuir sanções penais e circunstâncias próprias da dosimetria da pena, tanto para a pessoa física quanto para o ente moral.

A questão restou materializada no artigo 3º da Lei nº 9.605/1998, da seguinte forma: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. O artigo 4º da mesma lei contemplou um instrumento que apresenta como propósito alcançar a reparação dos danos provocados ao meio ambiente, qual seja, a previsão da possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, que possibilita o ressarcimento do dano seja pelo ente coletivo ou pelas pessoas físicas que o constituem. Os artigos 21 a 23 da Lei dos Crimes Ambientais traz um rol de penas atribuídas à pessoa jurídica que pratica crime ambiental, respectivamente: multa; restritiva de direitos; e prestação de serviço à comunidade. Além disso, o artigo 24 da mesma lei prevê a possibilidade de a pessoa jurídica ter decretada liquidação forçada, quando constituída ou utilizada para fins criminosos.

No ordenamento jurídico pátrio alguns requisitos são necessários para que se alcance a responsabilização da pessoa jurídica, quais sejam: a criação do ente coletivo deve ser devidamente legalizada; os atos ilícitos realizados devem ser no interesse da pessoa jurídica; há de ser

---

22 CIRNE, op. cit, p. 32;

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

verificada a vinculação do ato com a empresa; o vínculo empregatício do agente e a empresa devem ser analisados e, por fim, o uso da estrutura da empresa da pessoa jurídica para o cometimento do delito<sup>23</sup>.

Ao se examinar a evolução história do tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, observa-se que o Código Criminal do Império, de 1830, considerado um diploma dos mais avançados e bem elaborados do mundo sem seu tempo<sup>24</sup>, contemplou em seu artigo 80 a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por oportuno, referida legislação estabelecia: “Se este crime fôr cometido por Corporação, será esta dissolvida; e, se os seus membros se tornarem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação com a mesma, ou diversas regras”. Paulo César Busato afirma que a referida disposição legal tratava de crime contra a existência política do Império, e que “a menção à palavra crime não deixa margem a dúvidas sobre a adoção da RPPJ.”<sup>25</sup> O mesmo autor ensina ainda que era prevista também a possibilidade de crime de calúnia contra pessoas jurídicas, e que tal não se tratava de mero acidente, consistindo uma escolha teórica<sup>26</sup>.

Em sentido contrário, o Código Penal da República, de 1890, optou pela responsabilidade exclusivamente individual, assim referindo em seu artigo 25: “a responsabilidade penal é exclusivamente pessoal”, elucidando ainda, em seu parágrafo único, que “nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recairá sobre cada um dos que participarem do fato criminoso”. No mesmo sentido, o Código Penal de 1940 não previu a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Paulo César Busato<sup>27</sup> afirma que as razões técnicas para esta falta de previsão decorrem da adoção no sistema brasileiro da teoria da ficção de Savigny, bem como a influência da dogmática alemã na configuração do texto, que orientava a estrutura do conceito de crime sobre um conceito ontológico de ação.

Esta conjuntura foi então modificada com o advento da Constituição Federal de 1988, legislação detentora de um claro perfil de defesa de garantias individuais, sendo inclusive intitulada de Constituição cidadã, que veio a prever a possibilidade de imputar criminalmente o ente moral.

---

23 JATOBÁ *et al*, op. cit, p. 36;

24 BUSATO, op. cit. p. 88;

25 BUSATO, op. cit. p. 88;

26 BUSATO, op. cit, p. 88;

27 BUSATO, op. cit., p. 91;

Críticas doutrinárias foram lançadas contra a possibilidade de criminalização dos atos da pessoa jurídica, dentre elas, há os doutrinadores que afirmam que o texto constitucional viola princípios como personalidade da pena e culpabilidade, uma vez que as penas aplicadas à pessoa jurídica atingirão o patrimônio das pessoas físicas que a integram, neste sentido Luiz Luisi<sup>28</sup> e Luiz Regis Prado<sup>29</sup>. Ainda, René Ariel Dotti<sup>30</sup> amplia a crítica, a defender que a responsabilidade penal possui natureza de caráter estritamente humanos, sendo possível, entretanto, a responsabilização civil, administrativa e tributária do ente moral por seus atos.

Há ainda doutrinadores que afirmam ainda a obscuridade do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, a qual seria decorrente da ausência de definição expressa de que às pessoas jurídicas seria aplicável sanção penal, sendo possível concluir de tal dispositivo legal que para as pessoas jurídicas estariam destinadas somente as sanções administrativas, e as sanções penais estariam reservadas apenas para as pessoas físicas<sup>31</sup>.

Em sentido diverso, há doutrinadores que advogam ser inquestionável a possibilidade de atribuição de responsabilidade penal da pessoa jurídica inserida no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal. Por oportuno, Walter Claudius Rothenburg<sup>32</sup>, ao defender que pessoas físicas e jurídicas são tratadas pelo dispositivo constitucional dentro do mesmo gênero de infratores, afirma que não se justifica a interpretação segundo a qual apenas às pessoas físicas seriam reservadas as sanções penais, restando às pessoas jurídicas apenas as sanções administrativas. Ao fundamentar tal afirmativa o autor cita inicialmente a não existência da expressão “respectivamente” ao final do texto, que autorizaria tal separação. Ademais, defende que a norma expressa apenas um sentido, eis que os termos ‘condutas’ e ‘atividades’ estão ligados pela aditiva ‘e’, formando

28 LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva*, p. 31;

29 PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva*, p. 61;

30 DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva*, p. 164;

31 BUSATO, op. cit., p. 92

32 *Apud*, BUSATO, op. cit., p. 92;



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

assim um todo unitário que pode dirigir-se tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas<sup>33</sup>.

Guaragni *et al*<sup>34</sup> afirmam que em virtude deste cenário de complexidade social a dogmática penal clássica foi impactada, tanto em razão da criação de bens jurídicos que extrapolam a esfera individual, de caráter transindividual e intergeracional, quanto pela possibilidade de reprimenda de pessoa não física. Os autores afirmam ainda que o motivo para estas mudanças no sistema penal pode ser atribuído à chamada Modernidade Reflexiva, e as mesma têm como finalidade a de evitar o surgimento de novos riscos de danos a toda coletividade indeterminada<sup>35</sup>.

Na seara internacional, Eduardo Saad-Diniz<sup>36</sup> ensina que a aplicação da responsabilidade da pessoa jurídica (*corporate criminal liability*) tem origem no caso New York Central & Hudson River R. R. Co. vs. United States, no ano de 1909. Esta decisão, que deu origem à possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, remonta a um cenário de concorrência desorganizada, falta de governança nacional e controle social da atividade empresarial, com característica de forte tendência à agressividade na constituição de monopólios do mercado norte-americano do final do século XIX e início do século XX. Posteriormente, no período das Grandes Guerras Mundiais, é possível afirmar a ambiguidade na representação e emprego da responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma vez que algumas grandes corporações, IBM (Internacional Business Machines) e Siemens por exemplo, ao mesmo tempo que apresentavam grave cumplicidade com os regimes totalitários daquela época, também operavam a favor de interesses democráticos<sup>37</sup>.

Mais recentemente, o tema da responsabilidade penal do ente moral no direito comparado foi abordado no ano de 1984, durante o XII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, evento que aconteceu no Egito<sup>38</sup>. Nessa ocasião restou reconhecida por um expressivo número de países a possibilidade de se imputar às pessoas jurídicas uma responsabilização penal, mormente em face de delitos econômicos.

---

33 *Apud*, BUSATO, op. cit., p. 93;

34 GUARAGNI *et al*, op. cit., p. 8

35 GUARAGNI *et al*, op. cit., p. 8

36 SAAD-DINIZ, Eduardo. Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*, p. 32;

37 SAAD-DINIZ, op. cit., p. 33;

38 JATOBÁ *et al*, op. cit., p. 33;

Em Portugal foi admitida a responsabilidade penal das pessoas jurídicas pelos crimes ambientais, por meio do Decreto-lei 28/1984, tendo sido reconhecido nesta oportunidade que os infratores e as ofensas ao meio ambiente mais expressivos eram causados pelos entes morais. Na França da mesma forma é verificada a possibilidade de responsabilizar penalmente os entes coletivos, vigorando o princípio *societas delinquere potest*, prevendo o código penal francês que para a responsabilização da pessoa jurídica por determinado crime é imprescindível que a conduta ilícita tenha sido praticada por seu representante, em função e interesse do ente moral. Na Inglaterra, onde vigora o sistema da *common Law*, após 1940 a responsabilidade penal das empresas, que surgiu a partir de uma série de jurisprudências desde o início do século XIX, pode englobar crimes de qualquer natureza, ou seja, também os delitos praticados fora da seara penal, sendo a responsabilização entabulada tanto de forma objetivo quanto subjetiva. Na Espanha da mesma forma é possível a responsabilização do ente moral na esfera criminal, bastando para tanto a simples realização do ato ilícito, sem que seja preciso investigar a posição exercida pelo agente que cometeu o ato danoso<sup>39</sup>. A Alemanha “está isolada e se atém ao princípio romano *“societas delinquere non potest”*. Todos os países vizinhos – e não só eles – já o abandonaram.”<sup>40</sup>

#### 4 CENÁRIO BRASILEIRO DA RESPONSABILIDADE PENA DA PESSOA JURÍDICA

Transcorridas três décadas desde a inclusão na Constituição Federal da responsabilidade penal da pessoa jurídica é possível identificar, segundo Eduardo Saad-Diniz<sup>41</sup>, cinco momentos históricos distintos. No primeiro deles uma forte rejeição doutrinária ao tema pode ser identificada, sendo que as principais críticas foram baseadas na afronta a princípios constitucionais (igualdade, legalidade, humanização da pena e individualização da pena “a pena não passará da pessoa do condenado”). Em um segundo momento surgem teses legitimadoras da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo a tese de Sérgio Salomão Shecaira sobre a

39 JATOBÁ, *et al*, op. cit., p. 35;

40 VOLK, Klaus. Sobre a responsabilidade penal das empresas. In. Direito Penal como crítica da pena – estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (coord). São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 717;

41 SAAD-DINIZ, op. cit., p. 43;

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei dos Crimes Ambientais acolhida nos tribunais superiores pátrios. Em uma terceira fase verifica-se a recepção na interpretação jurisprudencial, que acolheu a tese da “dupla imputação” e “concurso necessário de pessoas”. No quarto momento há o reforço da tese com a introdução dos programas de *compliance* no sistema jurídico-penal brasileiro. Por fim verifica-se a questão da indeterminação do conceito e da busca por novos parâmetros de regulação. Eduardo Saad-Diniz afirma que

As dificuldades de determinação do alcance e estratégias reativas à responsabilidade penal da pessoa jurídica faz com que, dentre os penalistas, sejam ainda dominantes as teses sobre a responsabilidade individual, deixando à interpretação jurisprudencial alguns desafios, especialmente a determinação dos elementos de prova.<sup>42</sup>

Sobre o tema, atualmente o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de imputar responsabilidade criminal a pessoas jurídicas independentemente da responsabilização de seus sócios. A Corte já se pronunciou na decisão do Recurso Extraordinário 548181, de agosto de 2013, afirmando a possibilidade de condenação de pessoa jurídica por prática de crime ambiental, ainda que absolvida a pessoa física. Tal ocorre porque a Corte Suprema considera ser irrelevante a investigação de culpa ou dolo, eis que a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente adota o contexto da responsabilidade civil objetiva<sup>43</sup>. Recentemente, o acórdão STF-RE 548-181/PR<sup>44</sup>, que teve como relatora a Min. Rosa Weber, introduziu na discussão nacional o tema da responsabilidade autônoma da empresa.

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça, entendendo também pela viabilidade da responsabilização das pessoas jurídicas, não aceita a tese de responsabilização penal exclusiva do ente moral. Assim, o Tribunal assevera que a “a pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral”.<sup>45</sup> O entendimento é de que a imputação da responsabilidade penal apenas poderá acontecer quando identificado e considerado o agir da pessoa física, eis que apenas por intermédio da

---

42 SAAD-DINIZ, op. cit., p. 45;

43 JATOBÁ *et al*, op. cit. p. 40;

44 Recurso Extraordinário n. 548-181/PR, rel. Min. Rosa Weber;

45 Recurso Especial n. 610.114/RN, rel. Min. Gilson Dipp;

vontade humana poderia a pessoa jurídica cometer uma conduta ilícita, sendo imprescindível essa responsabilização de forma simultânea.

É possível afirmar, então, que mesmo na jurisprudência pátria o tema não é pacífico.

Sabido é que o impacto da atividade empresarial é capaz de alcançar violações sistemáticas de direitos humanos em larga escala<sup>46</sup>. É verdade que os mais recentes e relevantes desastres criminosos acontecidos no país comprovam a presença do envolvimento de pessoas jurídicas. Lembra Paulo César Busatto<sup>47</sup> que a criação de esquemas permanentes de compra de vantagens ilegais nas contratações públicas incluindo os mais altos escalões do país em todo tipo de crimes contra a administração pública até a destruição de significativas parcelas de cidades, rios e ecossistemas para assegurar lucros, todos os delitos mais graves ocorridos no Brasil da atualidade têm o envolvimento direto de pessoas jurídicas. Ademais, há que considerar-se ainda que a tecnologia disponível, em conjunto com o processo de globalização econômica cada vez mais disseminado, tem permitido aos indivíduos, e às empresas, superar fronteiras, geográficas e temporais.

Assim, a tutela penal foi estendida à ordem econômica, ao meio-ambiente, às relações de consumo, à economia popular, dentre outros, sob o fundamento de que referidas condutas concorrem para impossibilitar a atuação estatal na busca de uma sociedade mais justa e igualitária<sup>48</sup>. Nesse cenário, o Direito Penal clássico, sempre destinado à tutela dos bens jurídicos individuais, passa a ocupar-se também dos bens jurídicos “supraindividuais” (ordem econômica, meio-ambiente, relações de consumo, entre outros). Contudo, a questão que se coloca é refletir sobre a adequação de estar o Direito Penal presente para enfrentar estes ataques a bens jurídicos transindividuais, imputando sanções penais a entes morais.

Importante lição apresentada por Winfried Hassemer diz respeito à capacidade do Direito Penal, na sua atual fase de desenvolvimento, de intervir de forma satisfatória no fenômeno da moderna criminalidade. O autor responde negativamente a esta possibilidade, afirmando que o Direito Penal não é capaz de proteger tais bens jurídicos, bem como está sendo utilizado como meio para responder às exigências políticas e so-

---

46 SAAD-DINIZ, op. cit., p. 27;

47 BUSATO, op. cit., p. 95;

48 GARCIA, Rogério Maia. A Sociedade de Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização, p. 11;

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

ciais no que se refere à segurança pública, perdendo seu viés subsidiário. Hassemer defende que o Direito Penal há de concentrar-se na tutela de bens e direitos individuais:

Acho que o Direito Penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal forma, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objeto de um processo penal normal<sup>49</sup>.

Hassemer<sup>50</sup> propõe a criação de um novo campo do Direito, que intitula de Direito de Intervenção, o qual seria responsável por lidar com esse novo campo da moderna criminalidade. A atuação desse novo sistema jurídico, de viés administrativo e não criminal, seria de prevenção técnica, e teria as seguintes responsabilidades: 1) persecução de condutas atualmente inseridas no contexto do direito penal cujos bens jurídicos não são individualizáveis; 2) fatos ilícitos civis; 3) contravenções administrativas; 4) direito de polícia; 5) direito fiscal (que englobaria a aplicação de medidas econômicas e financeiras); e 6) proteção da natureza<sup>51</sup>.

De acordo com o autor, nesse ramo jurídico as penas privativas de liberdade não seriam aplicadas, o que possibilitaria a imputação de responsabilidades tanto aos entes individuais como aos entes coletivos. As sanções seriam de multas pecuniárias até a dissolução de pessoas jurídicas, bem como a de suspensão de atividades e o encerramento das empresas poluidoras. Haveria também a previsão de obrigação de minimizar os danos e da criação de fundos de indenização coletivos por parte daqueles que trabalham com produtos perigosos. Outra sugestão do autor seria a inserção no preço dos produtos dos custos da proteção ambiental.

Passados aproximadamente trinta anos da proposição teórica de Hassemer, a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica segue indefinida na pauta do ordenamento jurídico brasileiro. De outro lado, a legitimidade da tutela penal de bens jurídicos transindividuais é reconhecida na doutrina e na jurisprudência, como consequência do surgimento de novos riscos e do incremento de riscos já existentes, no contexto con-

---

49 HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna Política Criminal*. In Três temas de Direito Penal. Porto Alegre: ESMP, 1993, p. 95;

50 HASSEMER, op. cit., p. 95;

51 GARCIA, op. cit., p. 15;

temporâneo da sociedade globalizada e tecnológica. A tendência, neste cenário, é de uso da tutela penal em detrimento da administrativa-sançãoatória, como proposta por Hassemer.

Resta, assim, reforçada a importância da reflexão acerca da adequação da responsabilização penal dos entes coletivos. Ainda que o Direito Penal seja entendido como um instrumento adequado de tutela dos bens jurídicos transindividuais, e mesmo necessário a essa tutela, a responsabilização penal das pessoas jurídicas aparentemente não supera um obstáculo anterior, relacionado à própria essência do Direito Penal: conforme o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, crime é a infração ao qual a lei comine pena de reclusão ou detenção. Sendo assim, a responsabilidade penal, pela prática de crime, pressupõe a possibilidade de cumprir pena de reclusão ou detenção, o que não se aplica às pessoas jurídicas, mas apenas às pessoas físicas.

Efetivamente, as sanções possíveis de serem aplicadas aos entes coletivos, na linha da proposta de Hassemer – neste ponto ainda deveras atual – são sanções de natureza administrativa, e não criminal. Neste cenário, aparentemente, a responsabilização penal da pessoa jurídica possui efeito simbólico, e não propriamente efetivo.

## 5 CONCLUSÃO

É possível afirmar a transformação da relação do homem com o meio ambiente, que passou de uma relação pacífica e equânime para uma relação de exploração desmedida do ecossistema, muito em virtude das mudanças socioeconômica e ambiental que ocorreram em face do desenvolvimento tecnológico somado à produção industrial em larga escala e à escassez de recursos naturais, verificadas a partir da Revolução Industrial.

Em face desta nova realidade, ou seja, esgotamento dos recursos naturais e novos riscos de danos advindo contra toda a coletividade, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi protegido pelos ditames da Constituição Federal de 1988, a qual previu também a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica e da pessoa física, ao lado da responsabilidade administrativa e civil, aos que cometerem ilícitos ambientais.

A legislação infraconstitucional, representada pela Lei de Crimes Ambientais, em cumprimento à cláusula constitucional criminalizadora

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

disciplinou o tema dos tipos penais ambientais e da responsabilidade penal do infrator, físico e jurídico.

Verificou-se neste momento uma expansão do Direito Penal. Contudo, a questão que se impõe é refletir se os institutos do Direito Penal clássico, que se ocupa dos bens individuais, são de fato eficazes para fazer frente à criminalidade moderna, que atinge bens transindividuais. Nesse sentido, importante reflexão foi apresentada pelo doutrinador uruguaio Raul Cervini<sup>52</sup>, o qual afirma que apesar de num mundo global as pessoas jurídicas superarem às pessoas que a integram, tal fato não autoriza pensar que o Direito Penal seja o mais útil para controlar esta nova realidade. Ao contrário, o Direito Penal não conseguirá disciplinar esta nova realidade que muda a cada dia, e que supera o inventor. Por exemplo, o direito penal vai poder controlar os computadores que pensam por si mesmos? Por outro lado, nada há demonstrado que o bom Direito Administrativo Controlador não possa ser suficiente a boa disciplina de *compliance*, fazendo com que um Estado mais atuante tenha condições de reprimir a ocorrência dos delitos contra os bens transindividuais, mormente os delitos ambientais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós. 2002;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 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 02 nov. 2020;

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm), Acesso em: 02 nov. 2020;

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas

---

52 Palestra proferida no evento virtual II Encontro da Rede Ibero-americana de Advocacia Criminal, Tendências europeias e latino-americanas sobre responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=M-gpwWliqrBg>, Acesso em 09 nov.2020;

ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm), Acesso em 02 nov. 2020;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). Recurso Especial no 610.114/RN. Recorrente: Ministério Público Federal, Recorrido: Cimsal – Comércio e Indústria de Moagem e Refinação Santa Cecília Ltda. Relator: Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, 19 de dezembro de 2005. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1791281&num\\_registro=200302100870&data=20051219&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1791281&num_registro=200302100870&data=20051219&tipo=51&formato=PDF), Acesso em: 08 nov. 2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). Recurso Extraordinário n. 0 548.181/PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>. Acesso em: 08 nov. 2020;

BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. V. 55, n. 218, abr./jun.2018 Brasília, 2018 – PGJRS;

CERVINI, Raul. Palestra proferida no evento virtual II Encontro da Rede Ibero-americana de Advocacia Criminal, Tendências europeias e latino-americanas sobre responsabilidade penal da Pessoa Jurídica. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MgpwWliqrBg>, Acesso em 09 nov. 2020;

CIRNE, Mariana Barbosa. O que é direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado?. In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 23, n. 90, abril. /jun. 2018;

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal:(des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008;



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

GARCIA, Rogério Maia. A Sociedade do Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização, *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, a. V, n. 17, jan./mar. 2005;

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2002;

GUARAGNI, Fabio André; BARROS, Ellen Galliano; MOSER, Manoela Pereira. Responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à luz do modelo construtivista de autorresponsabilidade. In. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*, v. 1, n. 22, jan/mar 2019, Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/issue/view/147/showToc>, Acesso em: 02 nov. 2020;

GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. In *estudos Sociedade e Agricultura*, v. 9, n. 1, n. 16 – abril 2001, p. 95, Disponível em: <https://revistaesa.com/ojs/index.php/esa/article/view/188>. Acesso em: 11 Jul. 2020;

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna Política Criminal*. In Três temas de Direito Penal. Porto Alegre: ESMP, 1993;

JATOBÁ, Augusto César Marício de Oliveira; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Ponderações sobre a responsabilização penal das pessoas jurídicas nos crimes ambientais. In. *Revista Direito e Desenvolvimento*, Joao Pessoa, v. 5, n. 10, jun./dez. 2014;

LEAL, Rogério Gesta. Os tensos equilíbrios sociais na sociedade de riscos: reflexões preliminares. In. *Anais do I Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*. FMP. 2016, p. 90. Disponível em: <https://www.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2018/03/anais-do-i-seminario-nacional.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020;

LUIZI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: em defesa do princípio da imputação subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*. In. *Revista dos Tribunais*. Ano 107, vol. 988. Fev./2018. Thomson Reuters

VOLK, Klaus. Sobre a responsabilidade penal das empresas. In. *Direito Penal como crítica da pena – estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*, GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (coord). São Paulo: Marcial Pons, 2012;



# A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO E NO PROCESSO PENAL A PARTIR DA PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS E DO PANORAMA DA SOCIEDADE DE RISCO<sup>1</sup>

THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN LAW AND CRIMINAL PROCEEDINGS FROM THE PERSPECTIVE OF THE PROTECTION OF TRANSINDIVIDUAL LEGAL GOODS AND THE RISK SOCIETY OVERVIEW

Vicente Fidelis Faccenda<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo procura evidenciar a utilização de inteligência artificial no direito e no processo penal, considerando o panorama da proteção dos bens transindividuais na sociedade de risco. Nessa senda, procura-se estabelecer o que é a sociedade de risco, para então analisar de que forma a inteligência artificial impacta o processo penal. Objetiva-se esclarecer, sem pretensão de esgotamento do tema, os nuances envolvendo as capacidades da inteligência artificial e as formas de utilização da I.A. no processo penal. Este breve espaço de pesquisa conclui que o uso de inteligência artificial no auxílio de decisões judiciais potencialmente viola a garantia do devido processo legal, enquanto que a utilização para o processamento de dados em massa buscando uma maior celeridade processual não trazendo problemas às garantias legais das partes do processo.

- 1 Ensaio elaborado a partir de debates realizados na disciplina Garantias Processuais dos Bens Públicos Incondicionados, lecionada pelo Professor Fábio Roque Sbardelotto, na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).
- 2 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Advogado, LLM em Direito Global e Tecnologia pela Suffolk University Law School. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

**Palavras-chave:** Direito; Inteligência artificial; sociedade de risco.

## **ABSTRACT**

This article seeks to highlight the use of artificial intelligence in law and in criminal proceedings, considering the panorama of the protection of transindividual assets in a risk society. Along this path, we seek to establish what the risk society is, and then analyze how artificial intelligence impacts the criminal process. The objective is to clarify, without pretending to exhaust the theme, the nuances involving the capabilities of artificial intelligence and the ways of using A.I. on criminal prosecution. This brief research space concludes that the use of artificial intelligence to aid judicial decisions potentially violates the guarantee of due process, while the use for mass data processing seeking greater procedural speed does not bring problems to the legal guarantees of the parties of the process.

## **1 INTRODUÇÃO AO TEMA**

Tema que vem sendo amplamente debatido no meio acadêmico nos últimos anos tem sido o impacto da inteligência artificial no direito. As mudanças trazidas pelo avanço tecnológico latente têm um potencial disruptivo extremamente grande, muitas vezes trazendo modificações de paradigmas há muito tempo consolidados.

Ao serem desenvolvidas entidades de inteligência artificial que, a cada dia, simulam capacidades dos seres humanas das mais complexas, como o próprio aprendizado, a sociedade acaba por incorporá-las no cotidiano, realizando assim as mais diversas atividades em diferentes meios, muitas vezes acarretando na automação de tarefas que antes eram executadas pelo indivíduo. O direito, como ciência jurídica social, precisa estar conectado os avanços da tecnologia, com a finalidade de que se respeite as garantias e os direitos dos seres humanos em uma sociedade que produz riscos em larga escala. No âmbito do direito penal, a noção de bem jurídico transindividual surge com a finalidade de resguardar interesses que dizem respeito não somente a uma pessoa, mas a toda a humanidade.

Grande problemática surge no momento em que as entidades de I.A. como, por exemplo, um algoritmo com capacidade de aprender com diferentes dados e reconhecer padrões de forma autônoma, são trazidas

para o meio do processo penal. No intuito de discorrer sobre esse impacto, a presente pesquisa pretende, sem pretensão de esgotamento do tema, analisar a inteligência artificial utilizada no processo penal tendo como base a noção da proteção dos bens jurídicos transindividuais na chamada sociedade de risco. Nesse prisma, já são conhecidos dois usos distintos para a I.A. no processo penal: simples processamento de dados em grande quantidade e a análise preditiva para as sentenças penais. Conclui-se que um desses usos poderá apresentar problemas relacionados a garantia do devido processo legal, qual seja o uso de algoritmos de previsão de risco para a definição da sentença, enquanto que o simples processamento de dados é uma importante ferramenta para auxiliar na celeridade processual.

## **2 A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS A PARTIR DA NOÇÃO DE SOCIEDADE DE RISCO**

É preciso que, ao analisar os impactos da inteligência artificial na seara penal, se compreenda o contexto de proteção dos chamados bens jurídicos transindividuais sob a denominada sociedade de risco.

A tutela dos bens jurídicos indisponíveis ultrapassa a noção clássica da proteção dos bens jurídicos individuais. A partir da construção dos direitos sociais de segunda geração, após os grandes acontecimentos históricos que vão desde a Revolução Industrial até as grandes guerras mundiais, a preocupação do direito penal se voltou para bens jurídicos com um cunho mais social, ultrapassando a esfera do indivíduo isolado.

O campo de atuação do Direito Penal precisou ser estendido para que diferentes campos da sociedade fossem abordados, levando em conta aspectos como os avanços tecnológicos, as relações de consumo e os impactos ambientais. Nesse contexto, a noção de bem jurídico precisou ser reestruturada; Fábio Roque Sbardelotto afirma que a definição de bem jurídico não deve ser fechada, com capacidade de concluir o que deve ou não ser criminalizado por si só, uma vez que tal noção iria de encontro ao modelo clássico-liberal<sup>3</sup>. Não obstante, o direito penal precisa estar conectado com os ditames da nossa Carta Maior, documento que elen-

---

3 SBARDELOTTO, Fábio Roque. Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras. Capítulo 3 – O Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. P. 112

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

ca rol de direitos fundamentais, prescrevendo garantias que precisam ser efetivadas pelas legislações infraconstitucionais.

Nessa senda, os chamados bens jurídicos transindividuais, nas palavras de Andressa Paula de Andrade e Pedro Paula da Cunha Ferreira, são aqueles que “...possuem uma tutela que transcende o indivíduo e uma coletividade – e as relações jurídicas de base que os agrega -, abarcando a todos, inclusive as futuras gerações.”<sup>4</sup>. A problemática surge quando esses bens jurídicos de natureza difusa se encontram expostos a danos gravíssimos, colocando em perigo toda a humanidade, englobando a geração atual e posteriores, muitas vezes ultrapassando os próprios limites territoriais de atuação dos ordenamentos jurídicos. Ulrich Bech é claro ao destacar que o meio-ambiente faz parte da nossa sociedade, não se tratando de um espaço separado da nossa realidade:

(..) in advanced modernity, society with all its subsystems of the economy, politics, culture and the family can no longer be understood as autonomous of nature. Environmental problems are not problems of our surroundings, but - in their origins and through their consequences - are thoroughly social problems, problems of people, their history, their living conditions, their relation to the world and reality, their social, cultural and political situations. The industrially transformed ‘domestic nature’ of the cultural world must frankly be understood as an exemplary non-environment, as an inner environment, in the face of which all of our highly bred possibilities of distancing and excluding ourselves fail. At the end of the twentieth century nature is society and society is also ‘nature’. Anyone who continues to speak of nature as non-society is speaking in terms from a different century, which no longer capture our reality.<sup>5</sup>

---

4 ANDRADE, Andressa Paula de. FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens Jurídicos Transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 123, 2016. P. 41

5 Tradução livre: “na modernidade avançada, a sociedade com todos os seus subsistemas de economia, política, cultura e família não pode mais ser entendida como autônoma da natureza. Os problemas ambientais não são problemas do nosso entorno, mas - nas suas origens e pelas suas consequências - são profundamente problemas sociais, problemas das pessoas, da sua história, das suas condições de vida, da sua relação com o mundo e a realidade, as suas situações sociais, culturais e políticas . A “natureza doméstica” transformada industrialmente do mundo cultural deve ser francamente entendida como um não-ambiente exemplar, como um ambiente interno, em face do qual todas as nossas possibilidades altamente criadas de nos distanciar e nos

Os avanços tecnológicos desmedidos, decorrentes de um ritmo galopante de transformações na sociedade, acendem um alerta a proteção dos bens jurídicos transindividuais; um dos avanços mais preocupantes, sem dúvida, é a criação e aprimoramento das entidades de inteligência artificial, que já são utilizadas no próprio meio processual penal com recorrência, o que acarreta preocupações no sentido de que o direito penal precisa servir como instrumento de proteção dos bens jurídicos transindividuais.

Destarte, cumpre colocar em evidência o fenômeno denominado “sociedade de risco”. Rodrigo Roma afirma que a sociedade de riscos surge no momento em que são atingidos níveis de forças produtivas e tecnológicas em alto grau, surgindo a partir daí riscos que até então eram desconhecidos e tendem a ser compartilhados, para então acarretar conflitos sociais a partir de elementos que não são de conhecimento da população<sup>6</sup>; os riscos passam a não ser exclusivamente aqueles decorrentes da própria natureza, uma vez que agora os riscos podem ser fabricados pelo próprio ser humano<sup>7</sup>. Rodrigo Roma é preciso ao estabelecer a relação do Direito Penal com a gestão da sociedade de riscos:

Nesse cenário complexo, o Direito Penal muitas vezes é convocado a cumprir o papel de instrumento de controle dos riscos e, por isso, padecerá do questionamento referente ao paradoxo da contenção das atividades inovadoras diante do modelo econômico vigente e, por consequência, deverá tentar solucionar a dúvida quanto a medida e grau da pena, sobre quais comportamentos são considerados arriscados e penalmente relevantes e quais outros serão considerados penalmente permitidos e, por fim, o conflito político que poderá advir da atividade de gestão dos riscos pelo Direito Penal à luz do modelo de produção capitalista radicado na capacidade de inovação tecnológica.<sup>8</sup>

---

*excluir falham. No final do século XX, a natureza é sociedade e a sociedade também é 'natureza'. Quem continua a falar da natureza como não sociedade está falando em termos de um século diferente, que não captam mais nossa realidade.*”. BECK, Ulrich. Risk society: towards a new modernity. Theory, Culture & Society series. Sage Publications, 1992 P. 30

6 ROMA, Rodrigo. Sociedade de risco e bens jurídico-penais transindividuais: argumentos favoráveis à legitimação no contexto social complexo. 1a edição, Rio de Janeiro, Gramma, 2017. P. 14

7 Ibidem p. 16

8 Ibidem p. 55



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Importante destacar que, embora o desenvolvimento progressivo da ciência venha trazendo importantes avanços ao meio social que potencialmente trazem benefícios e facilidades na vida cotidiana, muitas vezes a questão dos impactos subsequentes da tecnologia na sociedade não é bem ponderado no decorrer da descoberta científica, ou mesmo nem chega a ser considerado; é o que considera Ulrich Beck, ao afirmar que:

...what becomes clear in risk discussions are the fissures and gaps between scientific and social rationality in dealing with the hazardous potential of civilization. The two sides talk past each other. Social movements raise questions that are not answered by the risk technicians at all, and the technicians answer questions which miss the point of what was really asked and what feeds public anxiety.<sup>9</sup>

Por isso, a sociedade de riscos acaba por se consolidar como um gigantesco panorama de incertezas, onde há o constante bombardeio de novas tecnologias a partir de uma globalização com bases produtivas capitalistas, onde não há um freio para o andamento de mudanças cada vez mais significativas. A inteligência artificial coloca em debate a ideia de um processo penal que seja capacitado para lidar com os riscos produzidos pela sociedade, uma vez que a tecnologia já se inseriu no próprio contexto processual. Parte-se de uma sistemática processual que, a partir de um panorama de integração constitucional, protege os bens jurídicos transindividuais no contexto da sociedade de risco, para um processo que, conforme será demonstrado, poderá ser “vítima” desses próprios riscos ao usar de avanços tecnológicos no meio processual.

### 3 A UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO PENAL E A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Primeiramente, cumpre esclarecer algumas noções técnicas a respeito do advento das entidades de inteligência artificial. Tal esclareci-

---

9 Tradução livre: “... o que fica claro nas discussões sobre riscos são as fissuras e lacunas entre a racionalidade científica e social para lidar com o potencial perigoso da civilização. Os dois lados falam um com o outro. Os movimentos sociais levantam questões que não são respondidas pelos técnicos de risco, e os técnicos respondem a questões que perdem o sentido do que foi realmente perguntado e o que alimenta a ansiedade do público” BECK, Ulrich. Risk society: towards a new modernity. Theory, Culture & Society series. Sage Publications, 1992 P. 30

mento é de suma importância, uma vez que o operador do direito acaba por, muitas vezes, não estar em pleno contato com os aspectos intrínsecos das capacidades das máquinas de inteligência artificial. A própria ideia de sociedade de risco engloba a noção de que as pessoas estão alheias ao conhecimento técnico específico para compreender detalhadamente os adventos tecnológicos e seus impactos no nosso planeta. O filósofo Albert Camus já afirmava, no século passado, que a tecnologia se complicou tanto que se tornou impossível que um único homem conheça todas as suas aplicações<sup>10</sup>.

Nos ensinamentos de Paulo Victor Alfeo Reis, a inteligência artificial (I.A.) versa sobre a possibilidade de as máquinas executarem tarefas que demandam aspectos da inteligência humana, como planejamento, compreensão de línguas, reconhecimento de objetos e sons, aprendizado e raciocínio<sup>11</sup>. Para tanto, a I.A. se beneficia dos chamados algoritmos, compostos por operações lógico-matemáticas finitas que determinam passos discretos, solucionando problemas ou questões pontuais<sup>12</sup>.

As entidades de inteligência artificial, utilizando algoritmos cada vez mais complexos, possuem a capacidade de processar quantidades gigantescas de informações, encontrando padrões nesses grupos de dados. Um dos avanços mais significativos da I.A. foi o advento do chamado “machine learning” (aprendizado de máquina). Segundo Paulo Victor Alfeo Reis, no aprendizado de máquina o algoritmo é treinado para que ele possa aprender por conta própria, conseguindo até mesmo resultados que os desenvolvedores sequer imaginavam<sup>13</sup>. Nesse ponto, a própria máquina consegue detectar novos padrões, não se limitando aos padrões que foram programados inicialmente pelo desenvolvedor da I.A.

A noção de aprendizado é algo que sempre se manteve preso a noção das capacidades do ser humano. Quando se pensa em comportamentos inteligentes, surgem ideias como as de memorizar, observar e explorar situações para aprender fatos, melhorar habilidades motoras ou

---

10 CAMUS, Albert. O homem revoltado. 3a ed, Rio de Janeiro, 2018. P. 248

11 REIS, Paulon Victor Alfeo. Algoritmos e o Direito. Editora Almedina, São Paulo, 2020. P. 134

12 Ibidem p. 107

13 REIS, Paulon Victor Alfeo. Algoritmos e o Direito. Editora Almedina, São Paulo, 2020. P. 136

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

cognitivas por meio de práticas e organizar conhecimentos novos<sup>14</sup>. No aprendizado de máquina, a experiência passada é crucial:

Para tal, empregam um princípio de inferência chamado indução, no qual se obtêm conclusões genéricas a partir de um conjunto particular de exemplos. Assim, algoritmos de AM aprendem a induzir uma função ou hipótese capaz de resolver um problema a partir de dados que representam instâncias do problema a ser resolvido.<sup>15</sup>

Além do aprendizado de máquina, o “deep learning” (aprendizado profundo)<sup>16</sup> e as RNA (redes neurais artificiais)<sup>17</sup> também foram avanços importantes; ambos se inspiram na complexa arquitetura do cérebro humano para que o processamento de informações aconteça de forma mais sofisticada, gerando resultados cada vez mais imprevisíveis. Sobre as possibilidades futuras da I.A., os pesquisadores geralmente dividem-se entre uma separação de uma I.A. forte e uma I.A. fraca; a forte se baseia na ideia de que as máquinas realmente podem chegar a ser capazes de pensar como um humano, chegando ao seu nível de consciência, enquanto que a fraca tem raiz na ideia de que as máquinas vão poder simular alguns comportamentos do ser humano, mas sem chegar ao mesmo nível de consciência<sup>18</sup>.

---

14 FACELI, Katti (et al.), *Inteligência artificial: Uma Abordagem de Aprendizado de Máquina*. Rio de Janeiro, LTC, 2019. P. 2

15 *Ibidem*. p. 3

16 A aprendizado profundo é caracterizado pela existência de camadas de unidades computacionais não lineares, que modelam relações complexas entre as informações. ZHAVORONKOV, Alex. MAMOSHINA, Polina. VANHAELEN, Quentin. SCHEIBYE-KNUDSEN, Morten. MOSKALEV, Alexey. ALIPER, Alex. *Artificial intelligence for aging and longevity research: Recent advances and perspectives*. Ageing Research Reviews, Volume 49, pg. 49-66, janeiro de 2019. P. 50

17 As RNAs se classificam como sistemas computacionais distribuídos compostos de unidades de processamento simples e interconectadas. Essas unidades são conhecidas como neurônios artificiais e computam funções matemáticas. As unidades são dispostas em uma ou mais camadas e interligadas por um número consideravelmente grande de conexões, unidirecionais. Na maioria das arquiteturas, essas conexões, que simulam as sinapses biológicas, possuem pesos associados, que ponderam a entrada recebida por cada neurônio da rede. FACELI, Katti (et al.), *Inteligência artificial: Uma Abordagem de Aprendizado de Máquina*. Rio de Janeiro, LTC, 2019. p.109

18 ARTERO, Almir Olivette. *Inteligência artificial: teoria e prática*. São Paulo, Editora Livraria da Física, 2009, 1ª edição. P. 16

Destarte, nos parece que a aplicação de tecnologia de inteligência artificial no processo penal pode ocorrer principalmente de duas maneiras distintas, sem prejuízo de outros modos que podem vir a ser utilizado futuramente. As duas “facetas” do uso da I.A. no direito e no processo penal já foram demonstradas na prática, porém, elas são bastante diferentes uma da outra e geram consequências de natureza distinta.

A primeira aplicação diz respeito ao uso de inteligência artificial para o auxílio no processamento de dados em massa. Aqui, preserva-se a humanidade da figura do julgador, não recorrendo à I.A. para auxiliar no processo decisório, existindo apenas a utilização de algoritmos para auxiliar na celeridade processual, em um contexto de massificação de processos. É preciso, nesse prisma, que haja a preservação dos direitos garantidos constitucionalmente a todos os polos da relação processual, onde o juiz é um ser humano que determina a sentença a partir da análise caso a caso. A função da I.A não se confunde em nenhum momento com a do julgador, mantendo intactos todos os fundamentos e princípios do processo penal. É possível dizer que, com esse *modus operandi*, a inteligência artificial não é o personagem principal, mas sim um coadjuvante que auxilia em tarefas mecânicas que, sem a tecnologia, iriam requerer grandes esforços humanos e gastos consideráveis em mão de obra.

Parece bastante clara a problemática da massificação de processos na nossa realidade. Tanto que existe uma forte tendência se consolidando no processo penal de recorrer a uma justiça penal negociada, visando a resolução da lide muitas vezes antes mesmo de ela começar, poupando assim a estrutura limitada do Poder Judiciário que vem sofrendo bastante com uma quantidade grande de processos, que, em um sentido macro, acarretam na morosidade e na demora da resolução dos casos. Similarmente, a adoção de inteligência artificial se apresenta com fundamentos semelhantes aos que sustentam a ideia de justiça penal negociada, visando uma maior celeridade no sistema como um todo, uma vez que a identificação rápida de padrões em processos muitas vezes repetitivos auxiliam o judiciário a resolver os conflitos com mais rapidez e eficiência.

O STF já vem utilizando o “VICTOR”, ferramenta que não influencia no processo decisório, atuando apenas em diversas camadas na organização dos milhares de processos que tramitam no Tribunal, conseguindo separar as diversas peças que existem em um processo, além de identificar a temática da repercussão geral, requisito de admissibilidade

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

específico do STF<sup>19</sup>. Aqui, cumpre-se a proposta de agilizar a sistemática processual por meio de um reconhecimento de padrões em quantidades massivas de dados, trabalho que exigiria esforços contínuos de muitas pessoas e pode ser realizado por um algoritmo sem violar garantias legais das partes do processo

Também, a inteligência algorítmica tem sido amplamente utilizada pela comunidade jurídica na pesquisa legal, englobando tanto jurisprudência, como artigos, leis e documentos. Plataformas como WestLaw e Lexis Advance, por exemplo, utilizam de algoritmos para que os usuários encontrem as informações relacionadas ao direito em seu banco de dados. No caso do WestLaw, o pesquisador tem a opção de filtrar a busca de resultados por jurisdição, tópicos, juiz, advogado, escritório de advocacia, nome das partes (...) <sup>20</sup>, enquanto que o Lexis Advance “...offers further filtering by court, date, publication status, practice area, attorney, law firm, most cited, key-word and judge.” <sup>21</sup>.

Já a segunda aplicação de I.A. no processo penal coloca a inteligência artificial em um papel de pleno protagonismo na resolução dos casos. Aqui, a I.A. seria utilizada ou como fonte de auxílio no processo decisório ou mesmo substituindo a própria figura do julgador. Nesse ponto, surgem os calorosos debates sobre a robotização dos juízes, ou “juízes robôs”, ideias que muitas vezes já foram colocadas em cena em obras clássicas de ficção científica. A automação é consolidada não como uma simples ferramenta de processamento de dados, aparecendo de fato como uma verdadeira substituição da figura humana do juiz.

Já temos conhecimento da utilização de entidades de inteligência artificial no processo decisório; a grosso modo, sentenças seriam sugeridas por algoritmos, que analisam dados sobre o réu e chegam a uma conclusão referente a punição. Já existem exemplos práticos dessa forma de utilização da I.A. no sistema criminal dos Estados Unidos. O que vem acontecendo no sistema penal norte americano é a utilização de algoritmos que possuem um sistema de predição de riscos, utilizando dados sobre o réu para produzir uma sentença, onde basicamente o conceito de

---

19 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038> Acesso dia 29 de novembro

20 MART, Susan Nevelow. The Algorithm as a Human Artifact: Implications for Legal (Re) Search. P. 400-401

21 Tradução livre: “... oferece filtragem adicional por tribunal, data, status de publicação, área de atuação, advogado, escritório de advocacia, mais citados, palavra-chave e juiz. Ibidem p. 4 02

punir infratores muda para uma perspectiva baseada no que eles poderiam fazer no futuro, em detrimento do que eles fizeram no passado<sup>22</sup>. Esse sistema de predição de riscos, atualmente, é composto por algoritmos de aprendizado de máquina, que fornecem modelos de riscos a partir de dados e, com o passar do tempo, os modelos se ajustam a novas informações devido a tecnologia do “machine learning”<sup>23</sup>. O primeiro modelo adotado nos EUA de predição de risco para elaboração de sentenças foi no estado de Virgínia, em 1994<sup>24</sup>. Recentemente, a ferramenta COMPAS vem sendo alvo de críticas; ela usa variáveis que englobam o envolvimento criminal, os relacionamentos pessoais e estilo de vida, personalidade e atitudes, família e exclusão social para calcular risco de reincidência, influenciando na sentença penal<sup>25</sup>. Embora haja diversos fatores processados pelo algoritmo, a sentença não pode ser resumida simplesmente a eles, acarretando em uma evidente desumanização do processo: “*Sentencing, by contrast, involves a much broader range of considerations. A sentencing decision involves first deciding how to punish someone and then, if a judge chooses incarceration, how long a sentence should be.*”<sup>26</sup>”.

O grande caso envolvendo a utilização de I.A. para a definição de uma punição criminal que precisou ser solucionado pela Suprema Corte dos Estados Unidos foi o *State v. Loomis*<sup>27</sup>. No caso de 2016, a ferramenta COMPAS foi utilizada para produzir uma sentença criminal, com o juiz acatando as sugestões da máquina; o réu Loomis foi considerado com alto potencial de reincidência, recebendo uma pena de 6 anos, com o próprio juiz admitindo que utilizou o COMPAS<sup>28</sup>. Quando o processo chegou a Suprema Corte, um dos principais argumentos do réu era a vio-

22 KEHL, Danielle. GUO, Priscilla. KESSLER, Samuel 2017. Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing. Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School. P. 4

23 Ibidem p. 9

24 Ibidem p. 10

25 Ibidem p. 11

26 Tradução livre: “A sentença, ao contrário, envolve uma gama muito mais ampla de considerações. A decisão de uma sentença envolve primeiro decidir como punir alguém e então, se um juiz escolher o encarceramento, qual deve ser a duração da sentença.”. Ibidem p. 13

27 Disponível em <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-state-v-loomis> Acesso dia 29 de novembro de 2020.

28 Ibidem p. 18.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

lação ao devido processo legal<sup>29</sup>. No direito estado-unidense, a noção de devido processo é separada em duas espécies bem distintas: o “*procedural due process*” e o “*substantive due process*”. O primeiro funciona de forma semelhante à construção que conhecemos na doutrina brasileira, resguardando a garantia de um processo justo; nos ensinamentos de Erwin Chemerinsky, seria a garantia de que o Estado seguiu os procedimentos adequados para restringir a vida, a liberdade ou a propriedade do indivíduo<sup>30</sup>. Enquanto que o “*substantive due process*” é analisado pelo judiciário buscando a razão de o Estado ter interferido na vida, na liberdade ou na propriedade da pessoa<sup>31</sup>. Basicamente, a doutrina do “*substantive due process*” funciona de forma semelhante a construção do teste da proporcionalidade de Robert Alexy, utilizado em muitas Cortes constitucionais ao redor do mundo, buscando sempre analisar se a interferências do governo violam direitos fundamentais do indivíduo por meio de algumas etapas específicas.

Não obstante, a Corte rejeitou os argumentos de Loomis, afirmando que o uso da ferramenta de I.A apenas auxiliou o sentenciamento pelo juiz, não sendo o único fator levado em consideração<sup>32</sup>. Os dados de processamento do algoritmo que dizem respeito a ponderação dos fatores utilizados para determinar a sentença não foram revelados, sob a razão de serem protegidos por segredo industrial. Isso é um grande problema, no momento em que o réu não toma conhecimento do funcionamento do algoritmo que auxiliou na determinação de sua vida e sua liberdade, cerceando uma importante oportunidade de contestar as decisões do algoritmo. Susan Mart defende a tese de que os criadores dos algoritmos precisam ser submetidos a uma espécie de “*algorithm accountability*”, visando uma maior transparência a respeito de quais espécies de dados que a inteligência artificial coleta e quais escolhas os desenvolvedores realizaram<sup>33</sup>; segredos industriais, que contemplam informações protegidas por

---

29 Ibidem p. 18

30 CHEMERISNKY, Erwin. Procedural due process claims. *Touro Law Review*: Vol. 16: No. 3 Article 12. P. 871.

31 Ibidem p. 871

32 KEHL, Danielle. GUO, Priscilla. KESSLER, Samuel 2017. Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing. Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School. P. 18-19

33 MART, Susan Nevelow. The Algorithm as a Human Artifact: Implications for Legal (Re) Search. *109 Law Libr. J.* 387, 2017, p. 389

propriedade intelectual que perdem o seu valor se conhecidas, de forma alguma devem ser um argumento para que existam “caixas pretas” no processo de desenvolvimento dos algoritmos<sup>34</sup>. Segredos industriais são protegidos a partir de informações que são economicamente valorizadas por não serem conhecidas: “*The trade secret owner can use the information in secret, with legal protection only against anyone who improperly acquires, uses, or discloses the information*”<sup>35</sup>. Segundo Ales Završnik, nos algoritmos mais recentes de aprendizado de máquina, a ideia da máquina é eliminar a necessidade do ser humano no processo, muitas vezes deixando obscuras as funcionalidades do algoritmo mesmo para o próprio criador, o que pode ser particularmente problemático na utilização de I.A. no processo penal:

The operations in machine learning approaches are not transparent even for the researchers that built the systems and while this may not be problematic in many areas of applied machine learning, as the examples below show, AI systems must be transparent when used in judicial settings, where the explainability of decisions and the transparency of the reasoning are of significant—even civilizational—value. A decision-making process that lacks transparency and comprehensibility is not considered legitimate and non-autocratic. Due to the inherently opaque nature of these AI systems, the new tools used in criminal justice settings may thus be at variance with fundamental liberties.<sup>36</sup>

---

34 Ibidem p. 395

35 Tradução livre: “O proprietário do segredo comercial pode usar as informações em sigilo, com proteção legal apenas contra quem adquire, usa ou divulga indevidamente as informações”. McJOHN, Stephen. *Intellectual Property Examples and Explanations*. 5<sup>th</sup> edição, 2015 p. 482

36 Tradução livre: “As operações em abordagens de aprendizado de máquina não são transparentes mesmo para os pesquisadores que criaram os sistemas e, embora isso possa não ser problemático em muitas áreas de aprendizado de máquina aplicado, como mostram os exemplos abaixo, os sistemas de IA devem ser transparentes quando usados em ambientes judiciais, onde a explicabilidade das decisões e a transparência do raciocínio são de valor significativo - até civilizacional. Um processo de tomada de decisão que carece de transparência e compreensibilidade não é considerado legítimo e não autocrático. Devido à natureza inerentemente opaca desses sistemas de IA, as novas ferramentas usadas em ambientes de justiça criminal podem, portanto, estar em desacordo com as liberdades fundamentais.” ZAVRSNIK, Ales. *Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights*. ERA Forum (2020) 20. P. 568



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Embora o caso *State v. Loomis* pareça trazer uma tendência preocupante, o caso *Kansas v. Walls*<sup>37</sup>, julgado pela Suprema Corte do Estado do Kansas em 2017, tratou sobre um caso de utilização de I.A. para verificar as condições de liberdade condicional do réu; ao contrário do caso *Loomis*, o acusado conseguiu judicialmente obter acesso aos critérios utilizados pelo algoritmo, principalmente sob o fundamento de que não ter disponibilizadas essas informações violaria o devido processo legal procedimental, uma vez que, sem o acesso liberado a parte, seria impossível contestar o que foi julgado pela máquina a partir dos critérios escolhidos pelo algoritmo<sup>38</sup>

Independente da maneira que a I.A vem a ser utilizada no processo penal, é importante destacar que o próprio desenvolvimento da inteligência artificial faz parte dos grandes avanços tecnológicos produzidos pelo ser humano que produzem riscos. A tecnologia substituir o ser humano por inteiro em vez de simplesmente auxiliá-lo pode ser um grande problema:

Accordingly, even if smart machines are acceptable in some contexts, their adoption in the criminal justice system raises in an acute form the age-old question of the kind of society that we want to be. In the face of these new technological options, are we ready to abandon rule-based proscription (subject to penalty) in favour of technological regulation of risk?<sup>39</sup>

O processo penal, como instituto que efetiva a tutela de bens jurídicos, seja de cunho individual ou transindividual, é resguardado por meio de diversas garantias, sendo que muitas delas estão previstas na nossa Constituição Federal. É o caso da garantia do devido processo legal,

---

37 Informações do caso disponível em <https://www.morelaw.com/verdicts/case.asp?n=116,027%20&s=KS&d=104721> Acesso dia 29 de novembro de 2020

38 ZAVRSNIK, Ales. *Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights*. *ERA Forum* (2020) 20. P. 574

39 Tradução livre: “Consequentemente, mesmo que as máquinas inteligentes sejam aceitáveis em alguns contextos, sua adoção no sistema de justiça criminal levanta de forma aguda a velha questão do tipo de sociedade que queremos ser. Diante dessas novas opções tecnológicas, estamos prontos para abandonar a proscrição baseada em regras (sujeita a penalidades) em favor da regulação tecnológica do risco?” BROWNSWORD, Roger. HAREL, Alon. *Law, liberty and technology: criminal justice in the context of smart machines*. *International Journal of Law in Context* (2019),15. P. 112

conforme o inciso LIV do art. 5º da nossa Carta Maior<sup>40</sup>. Antônio Scarence Fernandes discorre sobre a sistemática do processo: “É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu).<sup>41</sup>. A relação processual é composta por garantias que são asseguradas pela noção de devido processo legal. A ideia de devido processo legal é extremamente ampla, sendo unânime na doutrina que ela engloba diversas garantias específicas. Segundo Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Dentre as garantias daí decorrentes, podem ser mencionados o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, a igualdade processual (da qual decorre o princípio da isonomia ou par conditio), a publicidade e o dever de motivar as decisões judiciais, a proibição de provas obtidas por meios ilícitos, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações, o princípio da presunção de inocência, o direito à prova.<sup>42</sup>

A inserção de uma entidade de inteligência artificial nessa sistemática traz, a bem da verdade, um fator novo na relação processual. A I.A. não é dotada de personalidade, sendo apenas, para fins jurídicos, um mero objeto que é utilizado pelo ser humano; Paulo Victor Alfeo Reis afirma que, considerando uma relação jurídica tradicional com um sujeito ativo e um passivo, a pessoa seria a única capaz de integrar um desses polos<sup>43</sup>; considerando que há pessoas físicas e jurídicas, os outros entes que não se enquadram nessas categorias, como é o caso do algoritmo, ocuparia a posição de objeto<sup>44</sup>. O fato de o algoritmo não ser um sujeito processual, nem possuir personalidade jurídica<sup>45</sup>, não altera o impacto

---

40 LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

41 FERNANDES, Antonio Scarence. *Processo Penal Constitucional*. 7a edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 41

42 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Devido Processo Legal e Direito ao Procedimento Adequado*. Revista brasileira de ciências criminais, vol.55, 2005, p. 294

43 REIS, Paulon Victor Alfeo. *Algoritmos e o Direito*. Editora Almedina, São Paulo, 2020. P.148

44 Ibidem P.148

45 Embora não haja ainda um consenso legal nos ordenamentos jurídicos a respeito da personalidade jurídica do robô, no ordenamento jurídico europeu temos o *Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, de

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

que ela pode causar ao ser utilizada no processo decisório, auxiliando ou mesmo substituindo tarefas que nunca antes foram automatizadas. A sentença elaborada ou sugerida por uma entidade algorítmica corre um risco altíssimo de violar as garantias do devido processo legal. É o que entende Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina, levando em conta as limitações da tecnologia atual:

Esse tipo de utilização da tecnologia pressupõe, contudo, o aprendizado da máquina dos contextos em que cometido um delito e dos limites culturais envolvidos. Veja-se que não há ainda uma AI nesse nível de desenvolvimento, e que mesmo quando houver não será capaz de substituir o ser humano, cremos, na elaboração de sentenças ou atos que impliquem o cerceamento da liberdade do indivíduo. Poderá, ainda assim, fornecer ao julgador um cenário mais preciso do cometimento do crime, de modo a auxiliá-lo na tomada de decisão.<sup>46</sup>

Mesmo com o avanço significativo das capacidades da inteligência artificial, a utilização de algoritmos preditivos para elaboração de sentenças parece muito difícil levando em conta a complexidade do processo penal, onde há a necessidade de uma análise minuciosa das peculiaridades do caso concreto, uma vez que a definição de uma pena não é um processo mecânico. É o que entende Rodrigo Régner Chemim Guimarães ao tratar sobre os perigos de se programar algoritmos por um engenheiro e um perito na área:

O primeiro perigo reside tanto na incapacidade do perito escolhido para servir de ponte com o conhecimento específico do processo penal, quanto na incapacidade de tradução dos aspectos relevantes do direito e do processo penal pelo engenheiro do conhecimento. Não é preciso muito esforço para identificar na dou-

---

2016, além do plano estratégico referente a 2016-2020 da Comissão Europeia sobre “*Communications Network, Content and Technology*”, a resolução de 2017, denominada “*Civil Law Rules on Robotics*” e recentemente, em 2018, o documento denominado “*Artificial Intelligence: a European Approach to boost investment and set ethical guidelines*”. Todas essas recomendações, comissões e planos pretenderam fomentar a discussão e avaliar a necessidade de estabelecer uma personalidade jurídica do robô levando em conta os avanços galopantes da tecnologia.

46 PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. *Consequências e perspectivas da aplicação de inteligência artificial a casos penais*. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, set.-dez. 2019. P. 1602

trina de processo penal de hoje em dia uma pluralidade bastante significativa de discursos e fundamentos antagônicos<sup>47</sup>

A garantia do devido processo legal é um impeditivo para a adoção de I.A. na elaboração de sentenças penais. Não obstante, as máquinas e suas capacidades, como o processamento de grandes quantidades de informações, não apresentam grandes problemas quando são usadas de outras maneiras que não as decisões de competência do juiz, servindo para auxiliar o meio processual para que haja mais celeridade.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização de I.A. no processo penal precisa ser estritamente ponderada antes de se colocar em prática. O processamento de dados em massa para o auxílio na celeridade processual parece um caminho necessário no contexto em que vivemos, uma vez que, a longo prazo, poupa recursos humanos e facilita a vida de todas partes do processo. Ademais, com a conseqüente popularização e constante uso de algoritmos no direito, o custo de implementação de tais ferramentas tende a ser cada vez mais acessível.

No momento em que a inteligência artificial é aplicada no processo decisório, seja substituindo um juiz ou apenas auxiliando-o, é preciso que se analise minuciosamente as características intrínsecas do algoritmo, promovendo sempre que possível o amplo acesso a suas funcionalidades e limites. Somente assim a utilização de, por exemplo, algoritmos preditivos para definir uma punição poderia ser contestada por um recurso do acusado, permitindo a imprescindível oportunidade de defesa, para que haja um processo justo que respeita as garantias protegidas pelo ordenamento jurídico penal e constitucional. Pelo contrário, mantendo oculta a forma de funcionamento das máquinas, o uso de algoritmos preditivos parece uma clara violação a garantia do devido processo legal, cerceando a chance de o acusado contestar o funcionamento da máquina, decorrendo então em uma relação processual injusta.

---

47 GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, set.-dez. 2019. P. 1570

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Destarte, o caminho parece ser claro no sentido de se evitar a utilização de I.A. no processo decisório, já que a figura do juiz humano é essencial para a sistemática do processo. A proteção dos bens jurídicos transindividuais, no panorama da sociedade de risco, é crucial na nossa sociedade, sempre levando em conta os parâmetros definidos pela nossa Constituição. A tecnologia, sendo um risco produzido pelo ser humano, precisa ser utilizada levando em conta o impacto social que ela aflige sobre os bens jurídicos transindividuais, e o processo penal, que protege esses bens jurídicos, não pode ser um instrumento com o próprio risco em suas entranhas.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Andressa Paula de. FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. **Bens Jurídicos Transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, 123, 2016.

ARTERO, Almir Olivette. **Inteligência artificial: teoria e prática.** São Paulo, Editora Livraria da Física, 2009, 1ª edição.

BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity.** Theory, Culture & Society series. Sage Publications, 1992

BROWNSWORD, Roger. HAREL, Alon. **Law, liberty and technology: criminal justice in the context of smart machines.** International Journal of Law in Context (2019),15, 107–125.

CAMUS, Albert. **O homem revoltado.** 3a ed., Rio de Janeiro, 2018.

CHEMERISNKY, Erwin. **Procedural due process claims.** Touro Law Review: Vol. 16 : No. 3 , Article 12. P. 871-894

FACELI, Katti (et al.), **Inteligência artificial: Uma Abordagem de Aprendizado de Máquina.** Rio de Janeiro, LTC, 2019. p. 109

FERNANDES, Antonio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 7a edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Devido Processo Legal e Direito ao Procedimento Adequado**. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 55, 2005, p. 294

GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. **A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1555-1588, set.-dez. 2019.

KEHL, Danielle. GUO, Priscilla. KESSLER, Samuel 2017. **Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing**. Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School. P.1-36

MART, Susan Nevelow. **The Algorithm as a Human Artifact: Implications for Legal (Re) Search**. 109 Law Libr. J. 387, 2017,

McJOHN, Stephen. **Intellectual Property Examples and Explanations**. 5th edição, 2015.

PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. **Consequências e perspectivas da aplicação de inteligência artificial a casos penais**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1589-1606, set.-dez. 2019.

REIS, Paulon Victor Alfeo. **Algoritmos e o Direito**. Editora Almedina, São Paulo, 2020

ROMA, Rodrigo. **Sociedade de risco e bens jurídico-penais transindividuais: argumentos favoráveis à legitimação no contexto social complexo**. 1a edição, Rio de Janeiro, Gramma, 2017

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Capítulo 3 - O Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

ZAVRSNIK, Ales. **Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights.** ERA Forum (2020) 20:567–583

ZHAVORONKOV, Alex. MAMOSHINA, Polina. VANHAELEN, Quentin. SCHEIBYE-KNUDSEN, Morten. MOSKALEV, Alexey. ALIPER, Alex. **Artificial intelligence for aging and longevity research: Recent advances and perspectives.** Ageing Research Reviews, Volume 49, pg. 49-66, janeiro de 2019

# COLABORAÇÃO PREMIADA

Caroline Venturini de Araújo Ferreira<sup>1</sup>

Área do Direito: Processo Penal.

## RESUMO

O presente trabalho analisa o instituto da colaboração premiada, uma vez que se feita corretamente, é considerada de imenso valor para as investigações criminais. Apresenta sua evolução histórica e sua natureza jurídica, tratando, a partir daí, como um ‘elemento negocial inserido no processo penal’, com o oferecimento de prêmio (abrandamento da punição) ao investigado em troca de informações e documentos que possam levar à responsabilização do restante dos autores do delito. O resultado, além de dismantelar as organizações criminosas, também pode ajudar na recuperação de bens que de outra forma dificilmente seriam encontrados. Para tanto, esta medida deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais, bem como das normas infraconstitucionais que a regulamentam.

**Palavras-chave:** colaboração premiada; origem; natureza jurídica; lei 12.850/2013; meio de obtenção de prova; garantias constitucionais.

## ABSTRACT

This paper analyzes the setting of collaboration agreement. Once it is correctly made, it is considered to be of huge value to criminal investigation. The paper presents its historic evolution and its legal nature,

1 Mestranda em Direito Mestrando pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Direito pela UFRGS. Advogada. Endereço eletrônico: adv.carolineferreira.poa@gmail.com



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

tackling it from then on, as “a negotiation issue inserted in the penal procedure”. Under the reward offering (punishment softening) to the investigated individual in exchange of information and data which can lead to the other remaining misconduct authors. As a result, besides the dismantling of criminal organizations the result may also help the recovery of assets which would hardly be found. For this purpose, this measure should be taken into account according to constitutional principles as well as its regulatory subconstitutional laws.

**KEYWORDS:** collaboration agreement, origin, legal nature, law 12.850/2013, taking of evidence, legal benefits, constitutional guarantees.

### 1 INTRODUÇÃO

O instituto da Colaboração Premiada surge no contexto jurídico entre garantias e efetividade, em que o Estado de Direito almeja ser eficiente na aplicação da lei penal quando do cometimento de crimes, ao mesmo tempo, no indispensável resguardo dos direitos fundamentais.

A busca por esta efetividade e eficiência na descoberta e punição de crimes cuja produção da prova é de alta complexidade levou o legislador a adotar mecanismos especiais de investigação, dentre eles delação premiada, pela qual se incentiva o auxílio do investigado, acusado ou condenado, às autoridades públicas encarregadas da persecução penal mediante a promessa de prêmios relacionados à sanção.

Embora o acordo, nos termos da Lei 12.850/2013, possa apresentar distintos objetivos, em tese, sua principal função probatória, é instruir o processo, visando à melhor persecução penal de coimputados nos fatos investigados. Ou seja, o Estado oferece um tratamento mais leniente ao colaborador, com o objetivo de obter provas para punir outros imputados.

Resta evidente, portanto, que o acordo de colaboração premiada acarreta gravoso impacto à esfera de direitos de eventuais corréus delatados. E, mais do que isso, ele toca intimamente em interesses coletivos da sociedade, tendo em vista que possibilita a concessão de benefícios penais pelo Estado.

O processo penal somente será efetivo quando em observação ao conjunto de direitos e garantias instituídas na nossa Lei Maior, de maneira a respeitar os limites constitucionalmente estabelecidos.

Sendo a delação premiada uma forma de flexibilizar as garantias penais e processuais, por meio de uma política de maior rapidez e otimização, valores e limites de uma política criminal pautada pela legalidade devem ser observadas.

Assim, em face de tais preocupações, após a produção da prova em razão da colaboração premiada, deve-se analisar com muita cautela a sua confiabilidade, para que não sejam violados direitos fundamentais, tendo em vista que qualquer atitude de facilitação da persecução penal e de relativização de direitos fundamentais intensifica as mazelas de todo sistema criminal.

Portanto, o presente trabalho tentará estruturar-se com os seguintes problemas para o desenvolvimento desta pesquisa: 1) a colaboração premiada é compatível com o processo penal de um Estado democrático de Direito? e, 2) diante de estar positivado em Lei, regulando aspectos procedimentais, esses são in(suficientes)?

Por isso, além de análise doutrinária, exame da jurisprudência dos tribunais superiores é considerado na presente pesquisa.

## 2 CONCEITO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

O Supremo Tribunal Federal entende que a **‘colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.’**<sup>2</sup>

Em outras palavras, a colaboração premiada é um mecanismo judicial pelo qual um acusado colabora com as investigações, revelando inúmeros detalhes da empreitada criminoso, como por exemplo, os nomes de coparticipantes, localização da vítima (se houver) ou expõe particularidades que ajudam a recuperar os bens que foram perdidos por conta do crime. Em troca, o acusado, investigado, pode receber alguns benefícios, como: redução de **um terço a dois terços** do tempo da pena; cumprimento da pena em regime semiaberto, no lugar do regime **fechado**; a depender do caso, **extinção da pena**; e até mesmo **perdão judicial** (concedido pioneiramente no caso Joesley Batista).

2 STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Ministro Dias Toffoli, j. 27.08.2015

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

O instituto, feito corretamente, **é considerado de imenso valor para as investigações criminais**. Como resultado, pode ser até mesmo a **destruição de organizações criminosas**, além da **recuperação de bens** que de outra forma dificilmente seriam encontrados.

Algumas considerações se fazem pertinentes acerca do conceito de colaboração premiada.

A *um*, a colaboração premiada deve ser sempre espontânea, ou seja, de forma voluntária e deve partir da iniciativa do próprio acusado ou investigado.

A voluntariedade é considerada o mais importante pressuposto da colaboração premiada. Quer dizer que o colaborador não foi forçado, coagido, ameaçado para proceder à atividade colaborativa com a justiça.

Considerada, então, como uma anuência em relação ao acordo de colaboração premiada em seu todo, à voluntariedade necessária à higidez do acordo pressupõe o esclarecimento do agente. Isto quer dizer que a voluntariedade do agente colaborador apenas será reconhecida se o agente possuir ciência de tudo o que envolve na colaboração premiada. Caso seu conhecimento seja precário, precária será, também, a voluntariedade que lhe move à celebração do acordo, pois não envolverá todas as suas peculiaridades.<sup>3</sup>

A *dois*, sendo o instituto um negócio jurídico, esse deve ser consensual, porque depende da vontade das partes.

A *três*, para o ato de firmar o contrato de colaboração, deve o acusado ou investigado estar, obrigatoriamente, acompanhado de advogado, com procuração específica para o ato.

Ainda que expresse vontade pretensamente inequívoca de cooperar ou tenha receio de eventual vazamento de informações, não é permitida a realização de negociações ou formalização do acordo sem a presença de advogado.<sup>4</sup>

A *quatro*, todas as informações prestadas pelo colaborador são elementos informativos, pois ainda não são considerados prova válida, porque não foram submetidos ao contraditório e a ampla defesa. Por isso, não basta delatar, tem que ser comprovado. A colaboração, por sua vez, não

---

3 CALLEGARI, André Luis. *Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 30.

4 ROSA, Alexandre de Moraes da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: Emodara, 2018. p. 149.

serve sequer como indício, já que indícios já são considerados elemento de prova e a colaboração sozinha possui valor a menor que os indícios.

Nesse sentido, assentou-se no STF (HC 127.483) que: “(...) o acordo de colaboração não se confunde com o depoimento prestado pelo agente colaborador. Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador **constituem meio de prova**, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova”<sup>5</sup>.

Ou seja, com relação ao valor probatório, é imprescindível a existência de um conjunto de provas que possa estar em harmonia com o conteúdo da delação.

Nesse sentido, a regra de corroboração, exigindo que o conteúdo da colaboração processual seja confirmado por outros elementos de prova. Logo, a presença e o potencial corroborativo desse outro elemento probatório é *‘conditio sine qua non’* para o emprego da delação premiada para fins condenatórios.<sup>6</sup>

Assim, indispensável a necessidade de confirmação das informações originárias da delação, pois esta não é apta para produzir a condenação, por si só, tratando-se de mera fonte de prova.

A *cinco*, sendo negócio jurídico, não é obrigado o Ministério Público ou a autoridade policial, cada um no desempenho de suas funções, aceitar os termos da proposta. A análise será no caso concreto.

### 3 NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Entende-se ser a colaboração premiada um verdadeiro **negócio jurídico**, já que possui como elemento nuclear de seu suporte fático a exteriorização de vontade das partes envolvidas no acordo De um lado, o Delegado de Polícia ou o Órgão Ministerial; de outro, o investigado/ acusado.

A vontade das partes exerce influência também na eficácia do acordo, já que lhes é outorgado o poder de deliberar sobre seus efeitos.

---

5 STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Ministro Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 21. Sobre isso: CAPEZ, Rodrigo. *O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal*. Cadernos Jurídicos. São Paulo, ano 17, n. 44. jul-set. 2016. p. 121.

6 BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2015. p. 456

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Define-se o negócio jurídico processual [...] como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.<sup>7</sup>

A natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, ainda é confirmada pela Orientação Conjunta n. 1/2018 do MPF, em seu art. 1º, que trata especificadamente acerca desse acordo, nos seguintes termos: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, meio de obtenção de prova [...]”<sup>8</sup>

### 4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O primeiro diploma legal que incorporou a delação premiada foi a **Lei dos Crimes Hediondos** (Lei 8072/1990). Em seu artigo 8º, parágrafo único, determina que: *‘o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços’*. Além disso, acrescentou o §4º ao art. 159 do Código Penal: *‘Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços’*.

Depois, o mecanismo voltou a ser regulado na Lei 9.034/95, Organizações Criminosas, em que o art. 6º autorizou: *‘Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria’*.

Depois, surgiu a Lei 9.080/95, que inseriu dispositivos em outros diplomas, expandindo o âmbito de aplicabilidade da delação premiada. Isso ocorreu §2º do art. 25 da Lei 7.492/86, que trata de crimes contra o *sistema financeiro* e no parágrafo único do art. 16 da Lei 8.137/90, Lei dos Crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo. *Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea re-*

7 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios jurídicos processuais. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 153.

8 Ministério Público Federal. Orientação conjunta n.º 1/2018 – acordos de colaboração premiada. Disponível em: (<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>). Acesso em 23.10.2020.

*velar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.*

Em seguida, a Lei 9.613/1998, que trata de Combate à Lavagem de Capitais, que em sua redação original previu mecanismo de delação premiada no §5º do art. 1º, nos seguintes termos: *a pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.*

O marco histórico aqui é da ampliação das possibilidades de benefícios ao colaborador, que, nas legislações anteriores, limitavam-se à redução da sanção penal de um a dois terços.

Assim, até esse momento, havia pouca preocupação do legislador com a proteção do réu colaborador, o que reduziu em muito a sua aplicação.

Com a Lei de Proteção das vítimas e testemunhas (Lei 9.807/99), as coisas ficaram diferentes, em especial em dois dispositivos: **No art. 13:** *Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.* **No art. 14:** *Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.*

Por fim, no art. 15 um avanço significativo com medidas de segurança e proteção do colaborador. *Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. § 2º Durante a instrução criminal, poderá o*

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

*juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8o desta Lei. § 3o No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.*

Em 2002, com o surgimento de nova legislação de entorpecentes (Lei 10.409/02), regrou-se o mecanismo nos moldes semelhantes de hoje, visto que começou a se conceber a delação premiada como um acordo entre as partes. Segundo o art. 32, § 2º: *O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.*

Depois, esse diploma foi substituído pela Lei de Drogas (Lei 11343/2006) que, em seu art. 41 dispõe que: *Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.*

Por fim, com a Lei das Organizações Criminosas (Lei 12850/2013) é que a regulamentação ocorreu de forma mais completa e detalhada considerando as demais leis.

Nesse sentido, Badaró afirma que de todos os regimes de colaboração premiada, o mais completo e detalhado é o da Lei da Organização Criminosa, que estabelece a regra em comento, no §16 do art. 4º. Sua aplicação, contudo, não será limitada à ‘colaboração processual’ no âmbito da criminalidade organizada.<sup>9</sup>

## 5 SUJEITOS ENVOLVIDOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Segundo o artigo 4º, §6º da Lei 12850/13: *O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.*

---

9 BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 3. Ed. São Paulo: RT, 2015, p. 453.

Observa-se que o referido parágrafo veda participação do magistrado nas negociações do acordo, devendo, portanto, ficar alheio a essa atividade, para a preservação da imparcialidade judicial.

Conforme Morais da Rosa, 'o papel do juiz não é o de participar da negociação e sim de validar seu resultado', no sentido de controlar o respeito aos direitos fundamentais.<sup>10</sup>

A atuação inicial do julgador, portanto, se dá com a homologação do acordo formalizado pelas partes. Nesse momento, se deve examinar, fundamentalmente os aspectos formais da colaboração premiada, seus pressupostos e requisitos, além dos demais elementos do termo e da negociação, como voluntariedade do imputado e a legalidade das cláusulas propostas, por exemplo.<sup>11</sup>

Quanto à atuação do Ministério Público, não há polêmicas, considerando ser este órgão titular da ação penal. Assim, sendo a colaboração premiada um meio de obtenção de provas para compor os fatos criminosos e, ao final, chegar aos responsáveis, nada mais normal que do que se atribuir essa tarefa de celebração desse acordo ao sujeito principal nessa função.

Entretanto, situação diversa é quanto à atribuição de competência para a celebração do acordo por parte da autoridade policial. Essa atribuição de competência foi contestada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5508, proposta no ano de 2016 pelo Procurador Geral da República, na qual defendia a legitimidade privativa do Ministério Público para tanto. No ano de 2018, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, entendendo pela possibilidade de o acordo de colaboração premiada ser celebrado pela autoridade policial, quando da fase investigativa. No entendimento do Ministro Marco Aurélio, relator da ação, a celebração de acordo de colaboração premiada, '[...] durante as investigações compete à autoridade policial, em atividade concorrente e com supervisão do membro do Ministério Público; instaurada a ação pena, tem-se a exclusividade do Órgão acusador'.<sup>12</sup>

Do ponto de vista pragmático, agiu muito bem o legislador, pois normalmente é o delegado de polícia aquele que se acha mais próximo e

---

10 ROSA, Alexandre M. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 287.

11 SOUZA, Mariana. *Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nú, ou, em terra de cego, quem tem olho é louco?* In: MENDES, Soraia da Rosa (org). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 57

12 STF, ADI 5508, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20.06.2018, Processo eletrônico Dje-125 Divulg 22-06-2018 Public 25-06-2018.



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

ciente das necessidades de informações para a investigação criminal que conduz. O empoderamento do delegado de polícia na colaboração premiada desburocratiza o instituto e o torna mais ágil e eficaz, sem qualquer perda para o Estado de Direito Democrático, pois que, seja para a colaboração acertada com o promotor, seja com o delegado, a lei estabelece uma série de garantias ao investigado ou réu.<sup>13</sup>

Do outro lado, temos o agente colaborador, investigado, réu, integrante da organização criminosa investigada e que possua informações suficientes e documentos que interessem ao Estado, a ponto de motivar a concessão do benefício ao colaborador.

E quando o polo negocial é ocupado pelo líder da quadrilha?

A Lei, quando determina que, no primeiro momento da homologação, o Tribunal, o juiz ou relator verifiquem a legalidade – por exemplo, o juiz encarregado – *o relator não vai poder homologar uma colaboração firmada pelo líder daquela organização criminosa, porque é ilegal, é contra legem, a lei proíbe.*<sup>14</sup>

O fato de ser o agente colaborador líder da organização criminosa não deve se relacionar com o acordo de colaboração premiada em si, mas unicamente com o benefício a lhe ser ofertado. Ou seja, a lei proíbe a homologação de acordo com o líder da quadrilha, na qual apenas se deverá respeitar a vedação de negociação a respeito do benefício do não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Nesse sentido:

*se o juízo que decidirá sobre o pedido de homologação tiver informações suficientes para concluir que aquele que pleiteia o não oferecimento da denúncia, é, em tese, um dos líderes da organização criminosa investigada, deverá proceder conforme o código de processo penal, artigo 28. Com efeito, se, na hipótese de aditamento ao acordo de colaboração premiada para ser previsto o perdão das penas, o juízo, discordando, deverá remeter o pleito ao órgão revisor, com muito mais razão deverá fazê-lo caso discorde da previsão de não oferecimento da denúncia, vez que ela implicará o arquivamento do*

---

13 CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. *Colaboração Premiada. Como técnica especial de investigação criminal*. Leme, São Paulo. JH Mizuno, 2020, p. 67.

14 STF, Pet 7074 QO, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29.06.2017, Acórdão eletrônico Dje-085 Divulg 02.05.2018 Public 03.05.2018.

*inquérito policial, precisamente a situação para a qual redigido o artigo mencionado.*<sup>15</sup>

Esse posicionamento, entretanto, é criticado por Pacelli, sob a alegação de que muitas organizações criminosas não são lideradas por um único indivíduo, mas por um grupo de pessoas, uma espécie de cúpula, tal qual ocorre em qualquer grande empreendimento. Esdrúxulo não denunciar o líder da organização e processar os autores subalternos.<sup>16</sup>

## 6 MOMENTO

A delação premiada pode ocorrer no inquérito policial, antes do oferecimento da denúncia, com a participação efetiva da autoridade policial, colaborador, acompanhado do seu advogado e o Ministério Público. Fase que se denomina **colaboração pré-processual**

Na fase processual, denominada **colaboração processual**, temos a figura do colaborador e seu advogado, devidamente constituído e o Ministério Público. Aqui, importa ressaltar a postura do magistrado, que deve ser imparcial, pois não pode se integrar na negociação, limitando sua atuação quando da homologação do acordo.

Por fim, na fase de execução penal, em que a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos. No entanto, é preciso considerar se ocorreu o trânsito em julgado da demanda, pois a delação é ineficaz pela impossibilidade de agravar ainda mais a situação do réu. O juiz da execução criminal é o competente para aplicar a redução da pena ou progressão. Essa fase é denominada **colaboração pós-processual**.

## 7 CRITÉRIOS DE VALIDADE DO ACORDO

O respeito por um procedimento simétrico deve ser defendido na celebração dos acordos de colaboração premiada.

---

15 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre crime organizado*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 63 e 64.

16 OLIVERA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

O art. 6º da Lei de Organização Criminosa dispõe como o termo da colaboração deve ser feito e o que deve conter. Art. 6º. *Não existirá acordo sem o relato da colaboração e dos seus possíveis resultados, sem as condições da proposta do Ministério Público/Delegado de Polícia, sem anuência do agente colaborador e de seu defensor com a proposta e seus termos, bem como sem a assinatura de todos os envolvidos no acordo.*

Assim como todo negócio jurídico, o acordo deve conter forma e conteúdo.

Esse apego, a algumas formalidades, se justifica porque existem muitos interesses em jogo, como o interesse probatório do Estado que pode viabilizar a responsabilidade criminal em casos que não possuía meios; o interesse defensivo por parte do agente colaborador, que terá à sua disposição um abrandamento das sanções a serem aplicadas; e um interesse contrário por parte dos agentes delatados.

**I- relato da colaboração e seus possíveis resultados:** nesse estágio, não houve ainda a homologação do acordo, de forma que a atenção para a eficácia em relação às plausíveis consequências. O relato é importante para demonstrar também a metodologia com que foi realizado o acordo e verificação de adequação com a lei;

**II- as condições de proposta do órgão ministerial e ou autoridade policial:** até por questões de segurança jurídica, o Delegado e o Ministério Público devem descrever a proposta específica e concreta com os possíveis benefícios ao delator, individualizando-a. A proposta deve ser específica, concreta e determinada.

Nesse sentido:

*o princípio da proteção à confiança legítima, que tem assento constitucional, coadjuvado pelo princípio de proibição de comportamento contraditório, impede que o Estado fruste expectativas legítimas que ele mesmo criou, prejudicando particulares que se fiaram no comportamento estatal anterior. O STF já reconheceu a incidência do princípio da proteção à confiança legítima sobre os acordos de colaboração premiada (HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 27.08.2015), assentando que o colaborador que cumprir as obrigações ajustadas no acordo homologado tem o direito subjetivo de fruir a sanção premial pactuada.<sup>17</sup> ;*

---

17 STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Ministro Dias Toffoli, j. 27.08.2015

**III- a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor:** que representa a dupla garantia, ou seja, consentimento do delator e seu procurador, numa expressa condição da voluntariedade do acordo;

**IV- as assinaturas do representante do órgão ministerial ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor:** fase de autenticidade para reconhecer os termos do acordo;

**V- a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário:** na eventual possibilidade do delator se tornar testemunha, medidas de proteção lhe são garantidas nos termos do art. 7º da Lei 9807/99.

Para resumir, temos:

**Negociação e acordo:** é lavrado um termo com relato da colaboração e possíveis resultados, condições da proposta do órgão ministerial ou delegado de polícia, declaração de aceitação do colaborador e seu representante legal, assinaturas e especificação das medidas de proteção. O juiz não participa de nada para não comprometer o acordo. O termo do acordo deve ser feito por escrito, excluindo eventuais pactos orais.

Nesse sentido:

*Quatro vantagens do acordo escrito: (i) traz maior segurança para os envolvidos; (ii) estabelece com maior clareza os limites do acordo; (iii) permite o consentimento informado do imputado, assegurando a voluntariedade; (iv) maior transparência e controle não apenas pelos acusados atingidos, mas do magistrado, dos órgãos superiores e pela própria população em geral. Assim, o acordo escrito traz maior eficiência para a investigação, ao tempo que melhor assegura os interesses do colaborador e dos imputados.<sup>18</sup>*

**Homologação Judicial:** celebrado o acordo de colaboração premiada será encaminhado ao magistrado para homologação ou rejeição, para análise se o contrato atende os requisitos legais de regularidade, legalidade e voluntariedade, o cabimento e seus efeitos. Cumpre salientar, desde já, que a homologação não significa que o magistrado aceitou como verdade as manifestações do delator. Ainda, o juiz poderá recusar a homologação se a proposta não atender aos requisitos legais, bem como poderá adequar à vontade das partes, de forma motivada.

---

18 MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12850/2013)*. *Custos legis*, v. 4, 2013. Disponível em: (<http://bit.ly/2KyTsEJ>). Acesso em 31out.2016.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

**Execução:** a materialização do acordo de colaboração ocorrerá quando o delator prestar a sua efetiva colaboração na sua fase de execução do acordo após a homologação judicial. É assegurado ouvir o delator em juízo na presença do seu procurador devidamente constituído, porém renunciando seu direito ao silêncio e sujeitando-se ao compromisso de falar a verdade.

**Sentença:** a delação é sigilosa até o recebimento da denúncia e o advogado do delatado terá acesso apenas após o recebimento da denúncia, quando a colaboração premiada deixa de ser sigilosa. A doutrina muito critica essa situação por entender mitigado o princípio do contraditório, pois o mencionado princípio ocorrerá em fase bem posterior, conforme artigo 7º, §3º da Lei. Ainda, questiona-se também que o juiz que homologa o acordo de colaboração não poderia ser o mesmo que julgar a ação, pois estaria vinculado a um meio de obtenção de prova que o tornará impedido para a ação penal.

**Eficácia:** a importância de a sentença apreciar os termos do acordo homologado e sua eficácia. Por se tratar de negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador, não vinculando o delatado e caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiaias estabelecidas no acordo, conforme entendimento do STF<sup>19</sup>.

## 8 RETRATAÇÃO E RESCISÃO DO ACORDO

Art. 4º, §10º dispõe que: *as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.*

O acordo de colaboração premiada é retratável.

Essa retratação pode ser bilateral quando diz a lei 'por qualquer das partes', o que significa que qualquer dos envolvidos no acordo pode proceder à retratação, seja o colaborador, o órgão ministerial, ou o delegado de polícia.

Essa referência 'as partes' também retrata muitas críticas na doutrina, pois o fato de permitir essa retratação por parte do órgão ministerial, por exemplo, contraria a natureza do instituto da colaboração, ocorrendo certa 'traição' à confiança depositada pelo colaborador. Caso o proponen-

19 STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Ministro Dias Toffoli, j. 27.08.2015

te-colaborador já tenha exposto todo o documento probatório, mesmo com a retratação, ainda assim se poderá utilizar desses contra terceiros.

Nesse sentido, em caso de retratação, 'as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor', de modo que, mesmo em caso de extinção do acordo (seja pelo desinteresse em alcançar a sanção premial, seja pela impossibilidade material de fazê-lo), o meio de obtenção de prova, em relação a terceiros, permanece hígido.<sup>20</sup>

Quanto ao momento, podem as partes se retratar antes da homologação judicial, oportunidade em que os elementos obtidos por meio de colaboração podem ser apreciados como meio de prova.

Nesse sentido:

*A retratação depois da homologação revela-se, no entanto, impraticável e logicamente incompatível porque se fosse possível a retratação as partes passariam a ter mais poder que o juiz sobre o estado da causa, contrariando o princípio geral de que o juiz é sempre – e não poderia deixar de ser pena de destruir-se a lógica do sistema – o condutor do processo cujos atos só se desfazem por via de recurso regular.<sup>21</sup>*

Ou seja, durante as tratativas e na fase de negociações, até a aceitação da proposta, o agente colaborador pode retratar-se, momento em que, todo elemento probatório colhido até então, não poderá ser usado contra si, apenas contra terceiros. Assinado o acordo pelas partes, não poderá mais haver retratação e será considerado então descumprimento de acordo.

Após o acordo de colaboração ser homologado, parte da doutrina entende que não poderá ser alterado, de forma unilateral. A autoridade judicial fará a verificação do cumprimento ou não das obrigações assumidas pelo colaborador e em caso negativo, torna-se impositiva a rescisão do acordo.

Podemos concluir que se houver retratação da proposta do acordo, nenhuma informação apresentada nesta fase poderá ser utilizada, seja em prejuízo do colaborador ou de terceiros. Ainda, uma vez homologado o acordo, todos os elementos apresentados até então, integram

---

20 STF, HC 132143, Rel. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, Processo eletrônico DJe-060 Divulg 27-03-2017 Public 28-03-2017.

21 DIPP, Gilson. *A delação ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. p. 43

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

o acervo probatório, podendo, doravante, serem utilizados, livremente, pelos agentes estatais.

De todo modo, a homologação do acordo não admite o arrependimento das partes, como se observa em qualquer relação contratual, operando-se o *pacta sunt servanda*. O não cumprimento dos compromissos do acordo assumidos pelo colaborador ensejará à rescisão do contrato, mas sem o 'descarte' do material apresentado por ele, que como já dito, será livremente utilizado na demanda. Caso haja desistência por parte dos celebrantes (delegado de polícia ou órgão ministerial), o investigado-colaborador poderá exigir em juízo o direito à sanção premial pactuada, comprovando que sua parte do acordo foi cumprida.

Entretanto, se as partes, em comum acordo, desistirem do acordo homologado, nada impede a rescisão do contrato.

### 9 DIREITO AO SILÊNCIO

O princípio do *nemo tenetur se detegere* traz o direito de não produzir prova contra si mesmo, tendo como fundamento o princípio do direito ao silêncio, enquanto um direito de defesa negativa.

O referido princípio representa a impossibilidade da inversão do ônus da prova, sendo incumbência da acusação comprovar o alegado, não se podendo clamar a colaboração processual do acusado, bem como induzir ele a fazer declarações incriminatórias para substituir a responsabilidade que é do Estado-acusador.

O direito ao silêncio é apenas o direito que assiste ao arguido de não lhe ser extorquida a confissão.<sup>22</sup>

No art. 4º, §14. *Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.*

Nos termos do artigo, o colaborador está a renunciar, de forma mitigada, ao direito ao silêncio, quando for ouvido pela autoridade policial ou no processo, mesmo que acompanhado pelo defensor.

O colaborador poderá a qualquer momento rescindir o acordo que formalizou e nada mais informar, ou mesmo desdizer tudo aquilo

---

22 MENEZES, Sofia Saraiva de. *O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito*. In Belezza, Tereza Pizzarro; Pinto, Frederico de Lacerda as Costa (coords). *Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 134.

que afirmara até então, não obstante poderem os investigadores fazer pleno uso das informações já prestadas por quem rompeu com o acordo.

O colaborador nunca perde o direito fundamental, apenas opta por não fruí-lo. É preservado o direito ao silêncio.

Esse entendimento é reforçado pela jurisprudência:

(...) o conjunto de cláusulas do acordo guarda harmonia com a Constituição e as leis, com exceção da expressão 'renúncia' à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, constante no título VI do acordo (fl.20), no que possa ser interpretado como renúncia a direitos e garantias fundamentais, devendo ser interpretada com adição restritiva 'ao exercício' da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins.<sup>23</sup>

Quanto ao compromisso legal de dizer a verdade, integra o acordo de colaboração premiada. Então, logicamente, não se pretende que o colaborador traga informações inverídicas aos autos. O que ocorre é que o alcance desse compromisso de dizer a verdade conduz a certo dissenso na doutrina como na jurisprudência. Ou seja, há quem entenda pela inconstitucionalidade em tal dispositivo.

Por outro lado, a Lei Organização Criminosa, ao não vedar a colaboração premiada aos réus presos, compromete muito a perspectiva da plena liberdade de vontade, em razão da pressão psicológica e sofrimento que a prisão representa. Dessa forma, a voluntariedade fica em segundo plano quando o acusado estiver preso, sendo questionável sua colaboração com a justiça.

Nesse sentido, Noraes exemplifica que:

a violação da proibição de se obrigar a declarar ou atuar contra si mesmo através da atmosfera de intimidação do lugar: *el imputado no podrá ser inducido, engañado, constreñido o violentado a declarar ni a producir pruebas en contra de su voluntad, pues el sistema constitucional así se lo garantiza...la derivada de la atmósfera de intimidación del lugar.*<sup>24</sup>

23 STF, Pet. 5.952, Rel. Min. Teori Zavaski, j. 14.03.2016.

24 CAFFERATA, José Ignacio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 3. Ed. Córdoba: Advocatus; Universidad Nacional de Córdoba, 2012, p. 141.



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

O instituto da colaboração processual encontra-se justamente no ponto de tensão entre dois polos com tendências opostas, a necessidade de eficiência do sistema penal e a conformidade desse sistema aos princípios e as garantias típicas do Estado Democrático de Direito.<sup>25</sup>

Assim, a opção pelo não exercício do direito ao silêncio é um ônus a ser suportado por quem escolhe pleitear sanções premiaias via colaboração com a justiça.

### 10 A ÉTICA E A MORAL NA COLABORAÇÃO PREMIADA

Em tempos de crise ética e moral que estamos vivendo, surge a necessidade de se analisar as mais variadas questões morais. E o direito não fica longe dessa análise, pois faz parte do resultado da evolução histórica e da consequência de determinados paradigmas sociais que norteiam uma sociedade.

Ao partirmos desse pressuposto, verificamos que toda norma ou instituto jurídico deve ter suas premissas questionadas, não quanto a sua justiça, mas no que se refere à sua legitimidade.

A primeira tese que surgiu contrária a esse instituto era de que não pode o Estado estimular pessoas a agirem contrariando as normas morais e éticas de intimidade. O Estado não poderia fomentar e estimular condutas amorais.

Entretanto, essa análise foi suplantada, pois aqui não se trata de conduta antiética e sim do resgate da moralidade.

Deve haver uma ponderação de valores entre preservar a moralidade dos criminosos e/ou ocultar da sociedade as pessoas que estão agindo ilicitamente (os criminosos propriamente ditos). A delação aqui tem de ser vista como uma contribuição de melhoria social, o resgate do arrependimento.

Nesse sentido:

*A traição não é uma virtude, não deve ser estimulada, entretanto, em termos investigatórios não se pode deixar de reconhecer que ela eventualmente pode ser útil. O modelo eficientista de Justiça na pós-modernidade está preocupado, de qualquer maneira, **mais com sua eficácia prática (com resultados práticos) que com princípios***

---

25 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 605-606.

*éticos. Por isso é que se pode dizer que o instituto da delação premiada tende a ter cada vez mais aplicação.*<sup>26</sup>

## 11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto neste trabalho, o instituto da colaboração premiada é uma realidade atual e um mecanismo cuja utilização é crescente no processo penal brasileiro. Ele nasce na tensão existente entre garantias e efetividade, em que o Estado de Direito anseia ser eficiente na aplicação da lei penal, através do poder punitivo e por meio da força estatal. No entanto, indispensável o resguardo dos direitos fundamentais.

Neste contexto, a realização da colaboração premiada deve seguir por critérios pautados pela legalidade, porque somente assim fomentará um modelo pautado pela segurança jurídica do instituto.

A efetividade do processo penal se faz quando do respeito às normas e princípios insculpidos na Constituição.

A possibilidade de realização de acordos no âmbito penal, facilitando a persecução penal, deve-se ser dotado de todas as medidas possíveis para evitar que o instituto se torne uma barganha. Qualquer relativização de direitos fundamentais do imputado pode impactar negativamente na sociedade e deve ser repellido.

Hodiernamente, as organizações criminosas, favorecidas por sofisticada tecnologia e pautadas por grandes organizações criminosas, dificilmente seriam punidas com base nas investigações arcaicas. Nesse contexto, o instituto da delação premiada veio para demonstrar sua relevância no âmbito processual penal. Mas, mesmo no pretexto de combater o crime organizado, o sistema de garantias não deve ser colocado à margem das garantias, tampouco desprezar valores e limites instituídos na Constituição Federal.

Importante destacar que a voluntariedade do imputado é condição basilar do acordo, bem como elemento de validade do mesmo.

Tanto o órgão ministerial, como a autoridade policial, ambos podem firmar o acordo de colaboração premiada.

Todo acordo deve ser pautado com bases constitucionais, sem ferir direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República

---

26 GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Corrupção política e delação premiada*. Revista Magister de direito penal e processo penal, Porto Alegre, vol. 2, n. 7, p. 108, ago-set. 2005.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Federativa do Brasil, os quais devem ser obedecidos e garantidos pelo Poder Público, tornando-se eficiente e suficiente como instituto para a solução da criminalidade.

Em respeito ao direito de não autoincriminação, o direito ao silêncio é garantia do acusado.

Ainda, é primordial o reforço da regra que fragiliza o poder probatório dos elementos produzidos em razão da colaboração premiada, impondo-se a sua confirmação por outras provas independentes.

Por tudo, a colaboração premiada somente pode ocorrer em casos excepcionais e quando houver elementos objetivos que demonstrem complexidade da investigação e insuficiência de meios para desvendar toda a articulação criminoso. Devidamente positivado em Lei, toda a sua estruturação deve se pautar pela legalidade, garantindo, assim, segurança jurídica no instituto, a dignidade da pessoa humana, as liberdades públicas e a garantia edificante do Estado Democrático de Direito.

## 12. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADAMY, Pedro. *A renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 114-116.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2015. p. 453/456

CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. *Colaboração Premiada. Como técnica especial de investigação criminal*. Leme, São Paulo. JH Mizuno, 2020, p. 67.

CAFFERATA, José Ignacio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 3. Ed. Córdoba: Advocatus; Universidad Nacional de Córdoba, 2012, p. 141.

CALLEGARI, André Luis. *Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 30.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre crime organizado*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 63 e 64.

DIPP, Gilson. *A delação ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. p. 43.

MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 664.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Delação Premiada: uma realidade sem volta*. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs). *Delação Premiada*. 2ª edição. Belo Horizonte: editora D'Plácido, 2017. p. 247.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12850/2013)*. *Custos legis*, v. 4, 2013. Disponível em: (<http://bit.ly/2KyTsEJ>). Acesso em 31out.2016.

MENEZES, Sofia Saraiva de. *O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito*. In Beleza, Tereza Pizzarro; Pinto, Frederico de Lacerda as Costa (coords). *Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 134.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 153.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2016. P. 149.

ROSA, Alexandre de Moraes da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: Emodara, 2018. p. 149.

ROSA, Alexandre M. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 287.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 67.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

SOUZA, Mariana. *Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nú, ou, em terra de cego, quem tem olho é louco?* In: MENDES, Soraia da Rosa (org). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 57

STF, ADI 5508, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20.06.2018, Processo eletrônico Dje-125 Divulg. 22-06-2018 Public 25-06-2018.

STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Ministro Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 21. Sobre isso: CAPEZ, Rodrigo. *O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal*. Cadernos Jurídicos. São Paulo, ano 17, n. 44. jul-set. 2016. p. 121.

STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Ministro Dias Toffoli, j. 27.08.2015

STF, Pet 7074 QO, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29.06.2017, Acórdão eletrônico Dje-085 Divulg 02.05.2018 Public 03.05.2018.

STF, Pet. 5.952, Rel. Min. Teori Zavaski, j. 14.03.2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 605-606.

# INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E TERRORISTAS

Luís Carlos Rollsing<sup>1</sup>  
Élbio Ferraz Junior<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo analisa a nova ferramenta legal investigativa, chamada de infiltração policial, a qual tem como objetivo apresentar provas para punição de pessoas que cometem crimes em organizações criminosas. Para tanto, esta medida invasiva da intimidade e vida privada deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais, bem como das normas infraconstitucionais que a regulamentam. Em princípio abordaremos a Lei 12.850/2013 que regula, atualmente, a infiltração policial. Após, analisaremos as garantias constitucionais, a efetividade do Processo Penal e o princípio da proporcionalidade como meio eficaz para solucionar a colisão entre direitos fundamentais. Por fim, discorreremos a respeito de agentes infiltrados em organizações terroristas. O método de abordagem é o dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** organizações criminosas; infiltração policial; lei 12.850/2013; garantias constitucionais, efetividade do Processo penal; terrorismo.

1 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Uniritter (1996). Curso Superior de Formação de Oficiais da Brigada Militar. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estado de Sá do Estado de Santa Catarina. Pós-graduado em Operações Especiais Policiais pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em Segurança Pública, Cidadania e Diversidade Pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Delegado de Polícia no Estado do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: [luiscarloscrollsing@gmail.com](mailto:luiscarloscrollsing@gmail.com)

2 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: [elbioferrazjunior@gmail.com](mailto:elbioferrazjunior@gmail.com)

ABSTRACT

This article examines the new investigative legal tool, called police infiltration, which aims to provide evidence for punishing people who commit crimes in criminal organizations. To this end, this invasive measure of intimacy and privacy must be analyzed in the light of the constitutional principles as well as the infra-constitutional norms that regulate it. In principle we will address the Law 12.850 / 2013 that currently regulates police infiltration. After that we will analyze the constitutional guarantees, the effectiveness of the criminal process and the principle of proportionality as an effective means of resolving the collision between fundamental rights. Finally, we will talk about agents infiltrating terrorist organizations. The approach method is the deductive and the bibliographical research technique.

**Keywords:** criminal organizations; police infiltration; law 12,850 / 2013; constitutional guarantees, effectiveness of criminal process; terrorism.

1 INTRODUÇÃO

A globalização da economia mundial, com o conseqüente avanço tecnológico, criação de áreas de livre comércio, incremento das transações comerciais e financeiras, o progresso da Internet, entre outros fatores pós-modernos, refletiram na melhoria de vida da população de muitos países.

Porém estes fatores de maior liberdade nas relações pessoais também incrementaram e qualificaram as práticas criminosas em nível transnacional, a exemplo do tráfico de drogas, de armas, de pessoas, lavagem de dinheiro, etc.

Nesta perspectiva, a investigação de crimes dessa natureza não poderia ser mais realizada na forma dos delitos tradicionais, como furto e roubo, com as técnicas previstas pelo Código de Processo Penal do século passado. Novas modalidades extraordinárias e modernas exigiam atenção por parte do Poder Público a fim de dismantelar verdadeiras “multinacionais do crime”.

Dessa forma, após várias tentativas de estabelecer uma legislação que atendesse as expectativas quanto à eficácia ao combate ao crime organizado, e suas ramificações, chegou-se à lei 12.850/2013 que, atendendo à legislação internacional, notadamente à Convenção de Palermo,

conceituou crime organizado e estabeleceu técnicas e procedimentos modernos de investigação.

Por seu turno, a Constituição Federal estabelece uma série de direitos fundamentais ao cidadão e que devem ser obedecidos pelo Poder Público, como a dignidade da pessoa humana e a privacidade.

Assim, não basta ser criada uma Lei para combater organizações criminosas. A norma legal deve atender os preceitos constitucionais a fim de que não seja declarada inconstitucional ou os atos dos agentes públicos não sejam declarados ilegais.

O presente artigo abordará o rito previsto na Lei 12.850/2013, notadamente os meios extraordinários de investigação e a infiltração policial em organizações criminosas.

Após, serão feitas considerações acerca de direitos e garantias constitucionais que devem ser observados pelos agentes públicos e que conflitarão com a técnica de investigação aqui estudada.

Na sequência, analisaremos a eficácia do Processo Penal em consonância com o garantismo penal, bem como o princípio da proporcionalidade como forma de solucionar a colisão entre direitos fundamentais.

Por fim, abordaremos a utilização da infiltração policial em organizações terroristas, com supedâneo na Lei 13.260/2016.

## **2 INFILTRAÇÃO POLICIAL NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E ANÁLISE DA LEI 12.850/2013**

Não se sabe ao certo a gênese da criminalidade organizada, mas histórias de criminosos marcados pelo tempo, retratadas em livros e filmes, causam fascínio em muitas pessoas. Na Idade Média, contos da Sociedade Secreta Criminosa espanhola Garduna já mexiam com o imaginário popular (SOUTHWELL, 2014, p. 6).

A evolução da sociedade exigiu que normas de conduta fossem editadas para que as pessoas estivessem cientes de suas obrigações com o grupo social. Assim, segundo Hart, desde épocas primitivas, a sociedade se viu obrigada a impor regras primárias de obrigação, com restrições ao livre uso da violência e práticas de crimes, como o furto e a fraude (2005, p. 101).

Nesse contexto, não é possível combater a criminalidade organizada com normas incompletas e que não estipulem regras claras e eficientes para obtenção de provas em desfavor de integrantes de organizações criminosas poderosas e bem estruturadas.



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

É certo que a sociedade exige ação estatal mais eficaz para proteção da segurança pública, um dos pilares dos direitos humanos. Não é desconhecida a teoria de Habermas (MELLO, 2004, p. 44) a respeito da “deliberação coletiva” na qual:

todos possam participar como indivíduos livres e iguais, apresentando seus argumentos (pretensões de validade) sem constrangimentos e coações e desde que as normas obtidas nesse processo possam ser aceitas por todos os potencialmente afetados por suas consequências.

Nessa trilha de mudança de concepção normativa, assevera Hart (2005, 105), explicando sua teoria sobre as regras de alteração das normas primárias:

O remédio para a qualidade estática do regime de regras primárias consiste na introdução do que chamaremos de ‘regras de alteração’. A forma mais simples de tal regra é a que confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas.

O Congresso Nacional, após várias normas legais inócuas, sancionou a Lei 12.850/2013 que passou a definir organização criminosa, os meios de obtenção de provas e o rito legal a ser seguido pelos encarregados de investigar pessoas integrantes de quadrilhas que cometem os mais variados delitos previstos na legislação penal brasileira.

O artigo 1º da lei assim define organização criminosa, verbis:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

O texto legal adotou como características essenciais para perfectibilização de organização criminosa a pluralidade de agentes; a divisão de tarefas; o objetivo de vantagem de qualquer natureza; ser um grupo estruturado; e cometimento de crimes graves, com penas cominadas superiores a quatro anos ou delitos de caráter transnacional, independentemente da pena prevista.

O artigo 3º da lei em comento prevê uma série de meios de obtenção de provas a fim de incriminar integrantes de organizações criminosas. Entre elas, a infiltração de agentes, a qual é tratada de forma específica no artigo 10 e será estudada a partir deste momento.

Guilherme de Souza Nucci (2016, 724) refere-se à infiltração policial da seguinte forma:

representa uma penetração, em algum lugar ou coisa, de maneira lenta, pouco a pouco, correndo pelos seus meandros. Tal como a infiltração da água, que segue seu caminho pelas pequenas rachaduras de uma laje ou parede, sem ser percebida, o objetivo desse meio de captação de prova tem idêntico perfil. O instituto da infiltração policial destina-se justamente a garantir que agentes de polícia, em tarefas de investigação, possam ingressar legalmente no âmbito da organização criminosa, como integrantes, mantendo identidades falsas, acompanhando as suas atividades e conhecendo sua estrutura, divisão das tarefas e hierarquia interna. Nessa atividade, o agente infiltrado pode valer-se da ação controlada para mais adequadamente desenvolver seus objetivos.

Assim, verifica-se que a infiltração policial consiste basicamente em se permitir que agentes policiais ingressem no seio do crime organizado, fazendo-se passar por delinquentes, participando da vida diária das atividades ilícitas, até mesmo cometendo delitos a fim de enviar informações às autoridades que estão no comando da investigação.

Por ser atividade invasiva à intimidade dos investigados, segue o princípio da subsidiariedade. Assim, deve ser a *última ratio*, ou seja, somente deve ser utilizada quando não houver outros meios legais eficazes para obtenção de provas em desfavor de integrantes de organização criminosa.

De acordo com o artigo 10 da Lei 12.850/2013, a infiltração policial será precedida de autorização judicial, a qual deverá ser fundamentada, contendo todos os argumentos fáticos e jurídicos, circunstanciada e sigilosa (NUCCI, 2016, p. 726).

Por seu turno, o pedido para infiltração deve ser feito pelo Dele-

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

gado de Polícia ou pelo Ministério Público, devendo a Autoridade Policial manifestar-se tecnicamente caso o pedido seja feito durante o curso do Inquérito Policial. Na hipótese de representação do Delegado de Polícia, antes de decidir o juiz ouvirá o Ministério Público. Não há impedimento de requerimento do Parquet para infiltração policial durante o curso do Processo Penal (NUCCI, 2015, p. 724).

A norma legal estabelece o prazo inicial de 6 (seis) meses para a infiltração de agentes em organizações criminosas, podendo haver renovação, se necessário.

Parte da doutrina entende que, adotando os parâmetros de simetria e razoabilidade, a prorrogação deve ser limitada ao período já anteriormente autorizado de infiltração policial. (SOUSA, 2015, p. 89).

A figura do agente infiltrado não se confunde com a do agente provocador. Como já exposto, o policial que busca aceitação em um grupo criminoso tem por objetivo angariar provas de crimes cometidos por seus integrantes e apresentá-las ao Ministério Público para futura Ação Penal.

Ao contrário, no flagrante provocado, o autor do delito é instigado ou induzido a praticar o delito, não sabendo que está sendo vigiado pela polícia ou terceiros, e quando dá início aos atos de execução é preso em flagrante delito (AVENA, 2016, P. 994).

Neste caso, não haverá crime praticado por integrante da organização criminosa em razão da instigação ou induzimento por parte do agente policial. Essa é a inteligência da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal a qual preceitua que “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

### 3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, GARANTISMO PENAL E EFICIÊNCIA DO PROCESSUAL PENAL

O Brasil encontra-se sob a égide de uma Constituição Federal que prevê um Estado Democrático e de Direito, o qual reúne os princípios de Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera na medida em incorporam componente revolucionário de transformação de *status quo* (SILVA, 2010, 112). Assim, todos os atos praticados por servidores públicos devem obedecer às normas constitucionais e legais.

Neste sentido, Kelsen assevera que a carta constitucional de uma

nação deve prever normas que estabeleçam limites negativos ao legislador no que tange aos direitos de liberdade (MELLO, 2004, p. 29).

Os princípios constitucionais são os alicerces de nosso ordenamento jurídico e a base para a formação da legislação pátria, a qual deve obedecer seus valores fundamentais.

O conceito de princípios e regras será tratado no capítulo que aborda o teste da proporcionalidade. Porém, neste momento é importante frisar que princípio é um padrão que deve ser seguido, não para garantir um propósito econômico ou político, mas sim por uma questão de justiça (DWORKIN, 2010, p. 36).

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A dignidade da pessoa humana, de difícil conceituação, em razão de sua amplitude, é a pedra angular em que orbitam os demais direitos fundamentais do cidadão.

Dada a complexidade, importante esposar o conceito de dignidade da pessoa humana de Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 73):

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como lhe venham a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Neste rumo, o princípio da legalidade norteia a Administração Pública, a qual só pode fazer o que a lei permite. Não há liberdade nem vontade pessoal. Diferentemente, os particulares podem fazer tudo o que a Lei não proíbe. (MEIRELLES, 2015, p. 93).

Dessa forma, a infiltração policial deve seguir estritamente o rito previsto na Lei 12.850/2013, sob pena de todas as provas coligidas serem inúteis ao Processo Penal, porventura, instaurado.

Infere-se que a legalidade é prevista expressamente, ao lado da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, devendo ser estes princípios obedecidos pela Administração Pública direta, indireta e fundacional, de qualquer

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios (SILVA, 2010, p. 427).

Outro direito fundamental importante do indivíduo no direito constitucional pátrio é a liberdade, a qual se constitui direito de primeira geração, oponível ao Estado. (BONAVIDES, 2009, p. 563).

O texto constitucional, no artigo 5º, LXI, prevê que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. As regras sobre prisão em flagrante estão dispostas, a partir do art. 302 do Código de Processo Penal.

Desse modo, o agente infiltrado, ao não prender em flagrante delito os integrantes da organização criminosa, no momento do cometimento de ilícitos penais, deverá apresentar as provas a seus superiores hierárquicos para que sejam anexadas aos autos da investigação e, em análise judicial posterior, se decidir ou não pela prisão.

De outra banda, temos o direito à privacidade, a qual integra o rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, estando especificamente prevista no artigo 5º, X do texto constitucional.

Direito de intimidade e direito à privacidade são geralmente considerados sinônimos, porém nos termos do texto constitucional a intimidade é separada de outras manifestações de privacidade como a vida privada, honra e imagem das pessoas (SILVA, 2010, p. 206).

Em linhas gerais, a intimidade é caracterizada pela vida sigilosa do indivíduo, o qual tem o direito legal de evitar as demais pessoas (DOTTI, 1980, p. 69).

A vida privada, apesar do isolamento que possa existir, se caracteriza pelo conviver com outras pessoas, a exemplo da família, trabalho, lazer, entre outros. (FERRAZ JUNIOR, 1992, p. 54).

A honra pode ser considerada um agrupamento de virtudes que qualifica a dignidade da pessoa, respeito aos demais, o bom nome e a reputação (SILVA, 2010, p. 209).

Por seu turno, o direito à imagem se notabiliza pela projeção da personalidade física ou moral do indivíduo no mundo exterior. A personalidade física é caracterizada pelo corpo, gestos, atitudes, etc. A moral, pela fama, reputação, aura, etc. (DURVAL, 1988, p. 105).

Salienta-se que em matéria penal não é possível deixar de mencionar a teoria garantista desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, a qual foi, em grande parte, desenvolvida em sua obra “Direito e Razão” e difundida pela doutrina e jurisprudência pátria na última década.

O garantismo penal proclama o princípio da legalidade como

freio ao abuso de regimes totalitários e defende a submissão do juiz não só à letra de Lei, mas sim ao texto legal de forma obediente e coerente às normas constitucionais como um todo.

Neste sentido, Ferrajoli estabelece dez axiomas do garantismo penal (2002, p. 75):

(1) o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; (2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; (3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; (4) o princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; (5) o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; (6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; (7) o princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; (8) o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; (9) o princípio do ônus da prova ou da verificação; (10) o princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Apesar de não ser o foco principal dessa pesquisa, numa breve leitura verifica-se que as premissas esposadas pelo jurista italiano são amplamente catalogadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a exemplo dos princípios da legalidade, ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Não se pode olvidar que o garantismo penal considera o postulado da presunção de inocência como princípio fundamental de civilidade, tendo, segundo Ferrajoli, duas funções: a) garantia da liberdade e da verdade; b) garantia da segurança e defesa social (GRANDIS, 2017, 383).

Infere-se que as garantias constitucionais não podem ser óbice para a busca da apuração dos mais diversos delitos que afligem, hodiernamente, a sociedade, principalmente a macrocriminalidade organizada aqui abordada.

O professor Flávio Cardoso Pereira esclarece que é através do processo penal que o Estado deve garantir a liberdade do acusado e no mesmo ímpeto a segurança da coletividade (2019, pág. 209). Dessa forma, o processo penal deve ser eficiente e ao mesmo tempo garantista.

Neste giro, há uma rota de colisão entre os direitos coletivos de segurança pública e os direitos individuais, levando muitos, erroneamente, a crer que um dos interesses deve ser aniquilado por completo, tendo em vista serem incompatíveis entre si (PEREIRA, 2017, p. 574).

O Processo Penal é o instrumento que põe em relevo a tensão

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

que existe entre o direito de punir do Estado em contraste com as garantias fundamentais do cidadão, principalmente no tocante ao direito à liberdade. Não ignora-se que é no Processo Penal que são expedidas prisões cautelares e definitivas.

Insta compreender que no curso do processo penal deve haver a busca do equilíbrio entre o *ius puniendi* do Estado e o respeito às garantias fundamentais do cidadão investigado, não havendo, assim, direitos contrapostos. Pelo contrário, o Processo Penal justo e equilibrado materializa o chamado garantismo processual penal (PEREIRA, 2017, p. 575).

Nesta ótica, a complexidade do processo penal é marca dessa ferreamenta jurídica, pois deve alcançar a condenação do culpado, a proteção do inocente, o devido processo legal, sem, é claro, deixar de respeitar as garantias constitucionais dos acusados. Assim, almeja-se o resguardo das vítimas, a reabilitação dos condenados e a justiça da prestação jurisdicional (PEREIRA, 2017, p. 575).

Dessa forma, a persecução penal deve iniciar com investigação preliminar que não olvide a presunção de não culpabilidade dos suspeitos/investigados como se sucede na infiltração policial em organizações criminosas.

Tem-se, então, que é inadmissível, do ponto de vista constitucional, eficácia processual sem garantismo. E, da mesma forma, a busca pela tutela judicial mais justa rechaça garantismo penal sem eficácia do processo penal, o qual modernamente é encarado pelos fundamentos de instrumentalidade e garantismo (PEREIRA, 2019, p. 207).

Pelo exposto, afirma-se, categoricamente, que a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas limita o livre gozo de direitos fundamentais dos investigados, pois, secretamente, um agente do Estado ingressa na vida diária de várias pessoas, conhecendo seus hábitos, conversas, segredos e relações pessoais. Frise-se que as informações recebidas pelo agente infiltrado se dão por conta da confiança que recebe das mais variadas fontes de informação.

Todavia, insistimos que, apesar da vida privada ser decorrência da dignidade da pessoa humana, não pode ser encarada como direito absoluto e escudo para o cometimento de práticas ilícitas que colocam em risco a segurança da sociedade.

Paulo Gustavo Gonet Branco (BRANCO; MENDES; COELHO, 2009, p. 424), esclarece:

A vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo. O interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de “ser deixado só”.

O próximo tópico tratará do princípio da proporcionalidade, o qual concederá ao Poder Judiciário os fundamentos para decidir se a infiltração policial é ou não meio hábil para investigar determinada organização criminosa, tendo em vista a colisão de direitos fundamentais.

#### **4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

O conceito de proporcionalidade existe de variadas formas deste os primeiros tempos, aparecendo em legislações de guerra, tributação e regras penais. Porém, de forma efetiva e coerente surgiu somente no direito administrativo prussiano no século XIX.

O teste de proporcionalidade é utilizado na quase totalidade de países democráticos do mundo para solucionar colisão de conflitos de direitos fundamentais em, praticamente, todos os ramos do direito.

Antes de ingressar no princípio da proporcionalidade, mister analisar a distinção entre regras e princípios, utilizando, entre tantos outros critérios, o apresentado pelo jurista alemão Robert Alexy.

Em termos básicos, o professor Alexy utiliza o critério da generalidade, segundo o qual princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Exemplifica a liberdade de crença como norma com grau de generalidade relativamente alto e norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença (ALEXY, 2011, p. 87).

Neste contexto, princípios são normas que exigem que algo seja exercido na máxima medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. São mandamentos de otimização qualificados por poderem ser perfectibilizados em graus variados e por não vincularem-se somente às possibilidades fáticas, mas também às jurídicas, que são determinadas pela colisão de princípios e regras (ALEXY, 2011, p. 90).



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Paulo Bonavides (2009, p. 434), abordando esta questão enfatiza que:

*em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.*

Os direitos fundamentais possuem o status de princípios e, assim, qualquer conflito entre eles deve passar pelo teste de sopesamento da proporcionalidade, com suas máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2011, p. 588).

Na mesma linha, a colisão de direitos fundamentais é solucionada pela ponderação e esta deve estar presente na racionalidade da argumentação da prestação jurisdicional. Assim, há um liame entre argumentação e ponderação, estando esta última inserta no princípio da proporcionalidade. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239).

Infere-se que, não raras vezes, a infiltração policial como meio excepcional de obtenção de provas mostra-se conflitante com um princípio fundamental. Assim, urge a necessidade de se lançar mão da proporcionalidade a fim de verificar se o meio investigativo está ou não de acordo com os mandamentos legais.

Flávio Cardoso Pereira (2019, p. 210) assevera que:

A regra da proporcionalidade se apresenta desse modo como o parâmetro decisivo para julgar e ditar regras acerca da legitimidade e legalidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, e muito especialmente, quando se trata do uso de infiltração de agentes, de modo que essas poderão ser lícitamente ordenadas e autorizadas como forma de enfrentamento a criminalidade organizada, desde que balizadas pelas regras de necessidade, adequação e ponderação.

Como visto acima, o postulado da proporcionalidade é abordado pelas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é um meio eficaz para se alcançar um fim. Há uma relação empírica entre o meio e o fim, não sendo avaliado, neste momento, se é o mais intenso ou mais seguro (ÁVILA, 2005 p. 116).

Não há dúvidas que a criminalidade organizada causa sérios danos aos bens jurídicos da sociedade, devendo o Estado implementar políticas de segurança pública a fim de evitar que a população seja vítimas de verdadeiras empresas criminosas.

Assim, a técnica investigativa em estudo é um meio adequado para alcançar o fim desejado, pois o agente infiltrado, bem treinado, ingressará no núcleo da organização criminosa a fim de obter provas que levem a identificar os crimes de cada membro integrante.

O exame da necessidade exige que o Poder Público verifique, entre os meios disponíveis para alcançar um fim, o menos restritivo aos direitos fundamentais.

Humberto Ávila (2005, p. 122) esclarece que:

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

É certo que existem outras técnicas investigativas menos invasivas à privacidade das pessoas que, supostamente, estejam cometendo atos ilícitos, a exemplo da interceptação das comunicações telefônicas, prevista na Constituição Federal e legislação ordinária.

Porém, a estrutura hierarquizada das organizações criminosas, aliada a sofisticada tecnologia utilizada por seus integrantes levam à proteção de seus líderes, exigindo meios extraordinários de investigação.

Neste sentido, a infiltração de agentes no submundo secreto da delinquência organizada é útil e pertinente como meio de obtenção de provas, a fim da responsabilização de pessoas pertencentes a organizações criminosas (PEREIRA, 2019, p. 215).

## **GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS**

Formado os juízos a respeito da adequação e da necessidade, passa-se a análise da proporcionalidade no sentido estrito, ou mandamento de ponderação, que deve avaliar a intensidade do direito fundamental ofendido e a importância do princípio colidente prestigiado.

Mais uma vez nos socorremos da lição de Humberto Ávila (2005, p. 124) que assevera:

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais as desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde a desvalia da restrição causada?

Assim, para que uma medida corresponda à proporcionalidade em sentido estrito, as vantagens devem ser, no mínimo, iguais às desvantagens. Em outras palavras, o interesse público deve ser tamanho que deverá suplantar direito fundamental, porventura, afetado.

Neste panorama de ponderação entre bens em conflito, se justificaria a restrição de alguns direitos importantes dos cidadãos, desde que imperiosa a necessidade de proteção de outros bens jurídicos constitucionais fundamentais, a exemplo da segurança pública (PEREIRA, 2019, p. 215).

## **5 INFILTRAÇÃO POLICIAL EM ORGANIZAÇÕES TERRORISTAS**

Para efeitos deste ensaio, defenderemos a hipótese da infiltração policial em organizações terroristas, abordando o tema com base nas normas constitucionais e legais que tratam do terrorismo em âmbito nacional.

A palavra terrorismo remonta o terror perpetrado pelos jacobinos, por intermédio do Tribunal Revolucionário de Paris, durante a Revolução Francesa (VISACRO, 2009, p. 279)

As atividades terroristas têm por objetivo criar um clima de medo e insegurança em determinado local em razão de inconformismos relacionados a temas como religião e sistemas político, econômico e social. Assim, os atos de terror visam propiciar determinadas mudanças no tecido social (WOLOSZYN, 2009, p. 73).

Segundo Visacro, os elementos constitutivos do terrorismo são “Agente perpetrador, clandestinidade, violência real ou presumida, alvo(s) primário(s), publicidade, público-alvo e meta psicológica (2009, p. 283-285).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece uma série de princípios, direitos e garantias individuais que já foram analisadas em tópico anterior.

Porém, a ideia de que a carta magna estabelece apenas disposições que limitam o poder de atuação penal estatal não se sustenta em razão dos chamados mandados de criminalização.

Assim, os mandados de criminalização, previstos no texto constitucional, impõem ao Estado a criminalização de determinadas condutas, através de legislação infraconstitucional, a fim de garantir um direito fundamental coletivo (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2017, p. 435).

Antônio Carlos da Ponte ensina que (2008, p. 152)

os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

Neste foco, a Constituição Federal estabeleceu, expressamente, um rol extenso de condutas que devem ser criminalizadas pelo Estado a fim de que forneça ao cidadão, através do direito penal, o direito fundamental de segurança pública. São elas: a prática do racismo (art. 5º, XLII); a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII); a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático e de direito (art. 5º, XLIV). Neste contexto, a lógica da supremacia da Constituição Federal, impede omissão do legislador no tocante ao mandamento da carta maior ((FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2017, p. 435).

O terrorismo, então, ingressa no rol de delitos com mandado de criminalização estabelecido pelo texto constitucional.

Parte da doutrina, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, entendia que o artigo 20 da Lei de segurança nacional (Lei 7.170/83) já previa o crime de terrorismo. Porém corrente dominante, a exemplo de Alberto Silva Franco, entendia que não havia essa tipificação legal. O Supremo Tribunal Federal seguiu essa corrente majoritária.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Dessa forma, após 18 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei 13.260/2016 passou a prever os crimes de terrorismo.

O artigo 16 da lei da Lei 13.260/2016 prevê a aplicação da Lei 12.850/2013 para a investigação, processo e julgamento nos crimes de terrorismo. Neste sentido, a infiltração policial, além de outras previstas na Lei do crime organizado, é uma das modalidades investigativas colocadas à disposição das forças de segurança.

A Lei 13.260/2013 dispõe que:

Art. 2º 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.

§ 1º 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 - 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.

O artigo 2º da lei vai ao encontro da inclinação geral de que o crime de terrorismo deve propagar a ideia de terror na sociedade como um todo, não impondo que a sensação de pânico alcance número indeterminado de pessoas, exigindo apenas que essa seja o objetivo da prática terrorista.

Neste sentido, Facciolli (2017, p. 261) observa que:

Segundo reza a Lei (art. 2º), os crimes de terrorismo deverão ser perpetrados com a finalidade de provocar terror social ou terror generalizado. Qualquer ato de terror poderá ser pequeno na sua execução, contudo, sempre será grande na sua repercussão. O objetivo comum de qualquer ação terrorista será de chamar a atenção de tudo que integra a sociedade: Estado, pessoas, autoridades, meios de comunicação, etc.

A norma não estabelece definição legal para “terror social” ou “terror generalizado”, tornando os termos imprecisos e abertos, sem clara precisão jurídico-penal.

A respeito destes termos, Facciolli (2017, p. 262) acrescenta:

O terrorismo social é aquele que produz o maior número de vítimas e destruições. É o terrorismo clássico das guerras civis – também conhecido como terrorismo comunitário. Ocorrem, normalmente, no talhe de conflitos desordenados, em que a sociedade (ou parte dela) enfrenta diretamente outro segmento social, minorias étnicas ou religiosas. Por conta desta característica – desordenação -, é o mais difícil de ser controlado, vez que suas ações são conduzidas pelas massas. É a incorporação da rixa coletiva “adicionada” à violência desordenada no campo social.

Não serão feitas análises das condutas típicas a fim de não fugir ao objetivo do estudo, porém destaca-se que as penas previstas no artigo em comento, como em todos os outros da Lei, são superiores a 4 (quatro) anos, podendo, dessa forma, serem investigados através da infiltração policial que, conforme visto, alcança crimes com penas superiores a este patamar.

O artigo 2º, § 2º, estabelece que não são considerados atos terroristas as mais variadas manifestações públicas de protesto, a exemplo de críticas ou reivindicações de movimentos sociais a determinada ideologia política no poder.

Neste contexto, Callegari (p. 96) ensina:

## **GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS**

O § 2º do artigo 2º da Lei 13.260/2016 faz menção salutar e esclarecida a respeito da inaplicabilidade do tipo penal de terrorismo em relação a manifestações diversas, não fazendo ressalva, como feito no Projeto de Código Penal, a “que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade”. Dessa forma, resguarda-se o livre exercício de manifestação, evitando-se, na medida do possível, futuros enquadramentos equivocados no tipo penal de terrorismo – ressaltando-se, ao final do dispositivo legal, a possibilidade de responsabilização criminal por outros fatos criminosos eventualmente praticados no ato.

De outra banda, não se nega que os atos praticados por terroristas colocam em risco a vida, a integridade física e a saúde mental de um grande número de pessoas, tendo o Estado obrigação de envidar esforços para proteger o cidadão.

Assim, entendo que na análise de ponderação de direitos fundamentais em conflito, a proteção de direitos fundamentais de determinados indivíduos deve ceder ao direito à segurança pública da sociedade. Ainda mais que a própria Constituição Federal estabelece que atos graves, como os aqui estudados, devem ser criminalizados pelo legislador infraconstitucional.

Neste foco, a infiltração policial em organizações terroristas deve ser a ferramenta investigativa prioritária, pois os agentes disfarçados poderão, com maior celeridade do que outras modalidades de investigação, obter informações preciosas para evitar verdadeiras catástrofes humanitárias, que temos acompanhado pela imprensa, em razão de atos de terroristas.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O crime organizado é uma realidade atual em, praticamente, todos os países do Mundo, acompanhando o capitalismo globalizado nos seus mais diversos aspectos, como o crescimento das relações comerciais entre as nações e o avanço desenfreado da tecnologia.

Neste contexto, as organizações criminosas, favorecidas por sofisticada tecnologia e pelo lucro angariado pelas variadas espécies de delitos, passaram a atingir os mais diversos segmentos da sociedade, corrompendo autoridades de altos escalões e colocando em risco a segurança pública e a paz social.

Com esse cenário, não foi mais possível enfrentar estas verdadeiras multinacionais do crime com investigação arcaica e que foi projetada para apurar delitos convencionais, de caráter individual, a exemplo de furtos e roubos.

Assim, veio a Lei 12.850/2013 que detalhou o rito dos meios extraordinários de investigação, como a infiltração de agentes policiais em organizações criminosas, e os crimes que seriam abrangidos pela norma legal.

Importante destacar que a Lei prevendo medidas invasivas na vida privada das pessoas passa a ferir direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, os quais devem ser obedecidos e garantidos pelo Poder Público.

Dessa forma, a persecução penal instaurada para investigar delinquentes organizados deve ser, ao mesmo tempo, eficiente e observar as garantias constitucionais dos investigados e/ou acusados.

Nesta trilha, ingressa o Princípio da proporcionalidade, com suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito, para aferir se a ferramenta investigativa em estudo, que é medida excepcional, é única viável para coligir provas e punir integrantes de organizações criminosas.

Inferre-se que o magistrado deve avaliar no caso concreto, de acordo com o teste de proporcionalidade, se a medida invasiva de infiltração de agentes policiais é adequada ao fim almejado, se não há outro modo de investigação e, principalmente, pelo mandamento da ponderação, na colisão de direitos, se a restrição de direitos fundamentais dos investigados é justificada pelas vantagens que serão auferidas na segurança da sociedade.

Por fim, há crimes graves que colocam um grande número de pessoas em perigo, como os previstos na Lei de terrorismo, que de antemão se vislumbra a necessidade de se utilizar agentes encobertos para apuração rápida e eficiente, a fim de se evitar catástrofes inimagináveis.

Nesse aspecto, atendendo os postulados da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito do jurista Robert Alexy, os direitos fundamentais individuais devem ceder ao direito fundamental de segurança pública da coletividade.



**7 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS:**

AVENA, Norberto. Processo Penal: esquematizado – Rio de Janeiro: Método, 2016.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional – São Paulo: Malheiros editores, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais em Espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. COELHO, Inocêncio Mártires.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional: São Paulo: Saraiva, 2009.

CALLEGARI, André Luís. O crime de terrorismo: reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo: de acordo com a Lei 13.260/2016 / André Luís Callegari ... [et al.] - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

GRANDIS, Rodrigo de. Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/organizadores: Bruno Calabrich...[et al.]. Rio de Janeiro: Verbo Jurídico, 2017.

DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Editora Saraiva. 1988.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DOTTI, René Ariel. Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. Introdução ao terrorismo: evolução histórica, doutrina, aspectos táticos, estratégicos e legais – Curitiba: Juruá, 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de direito constitucional e ciência política, ano 1. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRISCHEISEN, GARCIA, GUSMAN. Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/organizadores: Bruno Calabrich...[et al.]. Rio de Janeiro: Verbo Jurídico, 2017.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Colisão de direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro - São Paulo: Malheiros, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Segurança Pública: os desafios da pós-modernidade/organizadores: Antonio Henrique Graciano Sexberger...[ et al.]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil/organizadores: Bruno Calabrich...[et al.]. Rio de Janeiro: Verbo Jurídico, 2017.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOUSA, Marllon. Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas – São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo – São Paulo: Malheiros editores, 2010.

SOUTHWELL, David. A História do Crime Organizado – São Paulo: Escala, 2014.

VISACRO, Alessandro. Guerra irregular: terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história – São Paulo: Contexto, 2009.

WOLOSZYN, André Luís. Terrorismo global: aspectos gerais e criminais – Porto Alegre: EST Edições, 2009.

# INSTITUTOS NEGOCIAIS E A PLEA BARGAINING "À BRASILEIRA"

Patrícia Martins Saraiva<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo realiza uma análise crítica da adoção dos institutos negociais introduzidos em nosso ordenamento jurídico. O problema reside em como os institutos negociais, de origem anglo-saxã podem afetar e, conseqüentemente, diminuir a aplicação dos direitos e garantias fundamentais que orientam o processo penal brasileiro. Buscando demonstrar esta aplicação, será dado destaque ao significado de cada um dos institutos negociais presentes em nossa legislação, bem como faz um estudo dos aspectos que sofrem crítica da doutrina. O método de abordagem empregado é o dedutivo (do geral para o caso particular) e o procedimento utilizado é o interpretativo comparativo no sentido de destacar, através da hermenêutica, as questões doutrinárias e realizar a comparação com as posições adotadas nas decisões referentes ao tema tratado. A conclusão é extraída da subsunção dos institutos aos direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição e orientadores do sistema processual.

**Palavras-Chave:** institutos negociais- plea bargaining- devido processo legal

## ABSTRACT

This article performs a critical analysis of the adoption of the business institutes introduced in our legal system. The problem lies in

---

1 Artigo para disciplina de garantias processuais penais dos bens públicos indisponíveis

how the business institutes, of Anglo-Saxon origin, can affect and, consequently, decrease the application of fundamental rights and guarantees that guide the Brazilian criminal process. Seeking to demonstrate this application, emphasis will be given to the meaning of each of the negotiating institutes present in our legislation, as well as making a study of the aspects that suffer criticism of the doctrine. The method of approach employed is the deductive one (from general to particular case) and the procedure used is the comparative interpretative in order to highlight, through hermeneutics, doctrinal issues and make a comparison with the positions adopted in the decisions related to the treated topic. The conclusion is drawn from the subsumption of the institutes to the fundamental rights and guarantees provided for in our Constitution and guiding the procedural system.

**Keywords:** negotiating institutes- plea bargaining- due process of law

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a análise da adoção, em nosso ordenamento jurídico dos institutos negociais – plea *bargaining*, inspirado, principalmente, no direito americano.

Uma vez feita a opção, em nosso país, através da Constituição Federal de 1988, pelo Estado Democrático de Direito, temos presente um extenso catálogo de direitos fundamentais e suas respectivas garantias que asseguram o seu exercício, podemos afirmar que nosso ordenamento penal e processual penal segue um modelo garantista.

Vislumbramos, diante da análise do texto constitucional, que somente os institutos referentes aos juizados especiais criminais encontram previsão no texto da nossa Constituição, mas, por outro lado, existe um conjunto de institutos jurídicos penais que passaram a compor o plano negocial penal, tais como o acordo de leniência, colaboração premiada e acordo de não persecução penal, que foram incorporados pelo nosso sistema criminal, sem possuírem assento constitucional.

Neste sentido, realizamos um estudo dos institutos adotados e passamos a desenvolver uma análise crítica da sua incorporação e adoção, enquanto institutos negociais, bem como da sua compatibilidade, tanto constitucional quanto convencional.

Buscamos, demonstrar como estes institutos aportaram em nosso ordenamento e se, com sua adoção, está sendo alcançado o fim proposto por cada um dos institutos em análise.

O método de abordagem empregado é o dedutivo (do geral para o caso particular) e o procedimento utilizado é o bibliográfico, através da análise de posições acerca do problema referente ao tema tratado.

## 2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O MODELO GARANTISTA

A Constituição pode ser entendida como “técnica de proteção das liberdades” (MENDES, 2011, p. 46), sendo vista como norma suprema do Estado, sendo a ela subordinados todos os demais poderes. Neste sentido, podemos afirmar que:

Na base de todo Direito está a Constituição, que contém e coordena essa ordem de princípios e valores, orientadores de todo o Direito, servindo eles de ‘pautas ou critérios’ por excelência ‘para a avaliação’ de todos conteúdos normativos’ (SBARDELOTTO, 2001, p. 80.).

Com a entrada em vigor da nossa Constituição Federal em 1988, ganhou destaque a adoção do Estado Democrático de Direito, que trouxe, para o nosso sistema legal um catálogo extenso de direitos e garantias fundamentais de eficácia irradiante sobre todo nosso ordenamento jurídico, tanto em sentido vertical, quanto horizontal.

A nova Constituição trouxe, em razão das grandes mudanças principiológicas, a necessidade de uma releitura de todo o ordenamento jurídico, através do princípio da interpretação das leis conforme a Constituição, ou seja, a realização da interpretação da legislação infraconstitucional em consonância com o que está posto em nossa Constituição Federal. Neste sentido, tanto o Código Penal de 1940, quanto o Código de Processo Penal de 1941, ambos editados no governo ditatorial de Getúlio Vargas, com forte inspiração fascista, necessitam um olhar cuidadoso e atento, quando da sua aplicação, sob pena de graves ofensas as diretrizes que a nova CF/88 trouxe.

É necessária e urgente uma constante (re)leitura constitucional e convencional, tanto dos respectivos códigos quanto da legislação infraconstitucional e alienígena que seja incorporada ao sistema jurídico

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

pátrio. As normas presentes na Constituição, de caráter vinculante, bem como nos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, constituem limitadores ao poder penal verticalizador tendo como uma de suas finalidades, garantir a liberdade dos indivíduos e a salvaguarda de outros direitos fundamentais.

Insta destacar que o rol de direitos e garantias fundamentais, previstos no art. 5º da Carta Magna é aberto. Isso permite, pela leitura da disposição do §2º, do referido artigo constitucional, não exclui a adoção de outros princípios apresentados por tratados ratificados pelo Brasil, sendo possível a incorporação destas novas formas e institutos pelo sistema jurídico brasileiro, com status de emenda constitucional, desde que aprovado por 3/5 de votos do congresso nacional.

Não podemos deixar de referir que “Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 13). Assim, o processo penal deve estar compromissado com a efetivação dos direitos humanos em âmbito mundial, previstos em tratados e convenções internacionais, aos quais o Brasil aderiu e ratificou, de tal forma que passaram a fazer parte dos direitos fundamentais, previstos no plano interno, em nossa Carta Constitucional.

É certo que a constitucionalização de todo o processo (princípio do devido processo legal — constitucional) é em si o reconhecimento de que toda a persecução penal se submete a uma base constitucional, em especial por reconhecer como indispensável a harmonia entre o processo (penal) e os direitos e garantias fundamentais, assegurados na Constituição Federal. (PEREIRA; PARISE, 2019, p. 7).

Sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), aponta que o acusado não pode ser visto como objeto, instrumento, coisa, e sim um sujeito de direitos, ou seja, o sujeito do processo. Neste contexto, existe um limite intangível, no qual o Estado não pode adentrar, sob pena, de violar a dignidade do cidadão.

A dignidade da pessoa humana é vista, portanto, como qualidade do ser humano, algo que lhe é inerente e intrínseco, não podendo ser retirada ou relativizada, configura, conseqüentemente, um dever de observância por parte de todas as esferas públicas e, também, particulares, no sentido de respeito, promoção e proteção ao ser humano.

Segundo a lição de (NOVELINO, 2017, p. 261):

“[...] a dignidade é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular.”

Logo, o Direito Penal e, conseqüentemente, o Processo Penal não podem passar imunes a estes influxos constitucionais, devendo suas normativas estarem submetidas aos ditames e valores constitucionais. Cabe ao legislador a observância e submissão a Carta Magna quando da elaboração das normas infraconstitucionais, “[...] evidente a necessidade de o conteúdo das normas penais direcionarem-se no sentido da proteção dos bens e valores constitucionalmente estabelecidos [...]” (SBARDELOTTO, 2001, p. 85).

O princípio da legalidade, vigente em nosso ordenamento jurídico e informador de todo processo penal traz, conseqüentemente, a obrigatoriedade da ação penal que traz regramentos, não sendo o processo submetido a critérios subjetivos ou critérios de oportunidade, mesmo com a introdução dos juizados especiais criminais através do art. 98, I da Constituição Federal.

### **3 SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

A pena e o processo estão, intimamente, relacionados ao longo da história evolutiva dos dois institutos “[...] na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena [...]” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 36). Podemos afirmar que o direito penal, portanto, somente se efetiva através do processo penal e, sem ele, não podemos chegar até a pena que será imposta pelo cometimento do delito.

O processo penal, entretanto, não tem apenas esta função de impor a pena ao indivíduo, possui, também, a característica de ser um limitador do poder punitivo do Estado, para tanto sendo necessário observar os direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição Federal, como a presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e o devido processo legal.



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

No nosso código de processo penal, o sistema acusatório, passou a ser consagrado no art. 3º- A, do CPP através da edição da Lei 13.964/19, que passou a ter sua eficácia suspensa por meio da concessão de medida liminar na medida cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro FUX.

Esta alteração legislativa nos parece ser desnecessária, uma vez que tal dado poderia ser aferido no texto constitucional, portanto, já existente, o que podemos verificar pela leitura do art. 129, inciso I da Constituição Federal, que consagra a titularidade da ação penal de iniciativa pública ao Ministério Público e, também, da previsão referente ao devido processo legal, demarcando com isso a adoção do sistema acusatório.

O sistema acusatório possui como característica principal a presença de partes distintas em contraposição no processo, sendo o juiz a figura imparcial e equidistante, formando um *actum trium personarum*. Para a existência do referido sistema em qualquer ordenamento jurídico “[...] ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias” (BRASILEIRO, 2020, p. 43).

No sistema acusatório, o magistrado não pode agir determinando de ofício a produção de provas, ficando a cargo das partes a sua produção, além de haver uma separação rígida entre o juiz e a parte acusatória. Não podendo o magistrado buscar a prova “[...] não é e não deve ser o comandante da investigação; muito menos de Forças-Tarefas (*Task Force*)” (COUTINHO, 2019, p. 03).

É necessário, sempre a realização de uma leitura da legislação infraconstitucional a partir dos ditames da nossa Constituição, procurando com isso uma conformação constitucional, tendo em vista que algumas leis foram promulgadas antes da entrada em vigor da nova Constituição de 1988.

É certo que a constitucionalização de todo o processo (princípio do devido processo legal — constitucional) é em si o reconhecimento de que toda a persecução penal se submete a uma base constitucional, em especial por reconhecer como indispensável a harmonia entre o processo (penal) e os direitos e garantias fundamentais, assegurados na Constituição Federal. (PEREIRA; PARISE, 2019, p. 7).

Dentro deste contexto, exposto acima, podemos extrair que nosso processo penal, obrigatoriamente, deve seguir os ditames constitucio-

nais, tais como os princípios fundamentais e as correspondentes garantias, que são importantes instrumentos do cidadão frente aos abusos do Estado na persecução e conseqüente processo penal. O grande debate está centralizado em encontrar uma maneira de adequar a necessidade de um processo mais eficiente com a imperiosidade do respeito aos direitos fundamentais.

Hoje, com o advento dos institutos negociais, o processo penal, fica de certa forma mitigado, pois perdeu seu caráter de obrigatoriedade, o que pode acarretar eventuais prejuízos para a defesa do acusado, uma vez que a opção pelos referidos institutos diminuem a realização de atos processuais, que tratam de questões de prova - ampla defesa e contraditório - e, também, observância e respeito a princípios constitucionais, passando para uma aplicação imediata de pena ou outra forma negocial que envolva benefícios decorrente dos acordos. Seguindo este entendimento podemos afirmar que: “A possibilidade de o acusador dirigir o consenso, os destinos da liberdade de uma pessoa fora do processo, influenciando decisivamente sobre o sagrado direito à liberdade, não é a melhor forma de realizar a justiça penal.” (GIACOMOLLI, 2012, p. 236).

Podemos com isso afirmar que a utilização de institutos da *plea bargaining*, subtraem do acusado o acesso integral às garantias constitucionais em nosso ordenamento, quando de sua aceitação de um dos institutos negociais, renuncia a proteção processual. Ao adotarmos a prática de oferta de acordos, ao órgão julgador será relegado ao papel de um mero homologador, sem exercer qualquer tipo de controle sobre a existência de vícios sobre a vontade do acusado.

#### 4 INSTITUTOS NEGOCIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Nossa Constituição de 1988, trouxe em seu art. 98, inciso I uma inovação ao instituir os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criando um procedimento denominado de sumaríssimo. Seu objetivo principal foi “[...] conferir maior celeridade e informalidade à prestação jurisdicional no tocante aos delitos de menor gravidade [...]” (BRASILEIRO, 2020, p. 1545).

De modo um pouco mais incipiente podemos apontar a previsão, já existente, no Código Penal, no art. 65, inciso III, letra “d” que traz uma atenuante da pena ao agente que confessar perante a autoridade, espontaneamente, a autoria do crime.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

A instituição do microssistema dos Juizados Especiais Criminais se deu através da edição da Lei 9.099/95, em atenção ao preceito constitucional, que atribuiu a um determinado conjunto de crimes e contravenções a etiqueta de “crimes de menor potencial ofensivo”, ou seja, aqueles com pena máxima não superior a 2 anos, cumulado ou não com pena de multa.

O Juizado Especial Criminal possui um conjunto de princípios próprios, como oportunidade, disponibilidade, discricionariedade regrada e busca do consenso.

A referida Lei, trouxe, dentro do seu procedimento dois novos institutos de natureza negocial: a transação penal prevista no art. 72 e a suspensão condicional do processo em seu art. 89, sendo sempre a primazia pela busca de uma solução negocial, em detrimento da conflitual do litígio até as últimas consequências.

A transação pode ser traduzida no acordo entre o Ministério Público e o autor do fato, no qual este último, ao aceitar o acordo, desde que preenchidos os requisitos legais, tem aplicado, imediatamente, uma pena restritiva de direito ou multa. Já a suspensão condicional do processo, tem como característica ser um instituto de natureza despenalizadora onde é permitida a suspensão do processo por um prazo compreendido entre 2 e 4 anos, desde que observados determinados requisitos e atendidas as normas fixadas pelo juízo.

Saindo da seara penal, podemos referir como relevante a introdução dos acordos de leniência no campo administrativo, que encontram amparo na Lei 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas e tem como objetivo o combate à corrupção empresarial no âmbito da administração pública.

O acordo de leniência representa uma quebra de tradição no Direito Administrativo brasileiro, passou a permitir que a autoridade pública transacione com o particular, sendo autorizados a figurar no polo ativo: Controladoria Geral da União - CGU no âmbito federal e no caso dos demais entes federativos é a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, acompanhados do órgão acusador competente – Ministério Público Federal ou Estadual, também, segundo previsão legal, o Banco Central – BACEN.

Podemos destacar três características essenciais e comuns dos acordos de leniência:

- (i) a necessidade de que o beneficiário do acordo *seja o primeiro* dos envolvidos nos fatos investigados a cooperar com a Admi-

nistração; (ii) a necessidade de que o beneficiário *reconheça sua participação* no ilícito; (iii) a necessidade de que o beneficiário se comprometa a *manter cooperação plena e continua* com o processo. (CANETTI, 2018, p. 210).

Na sequência, vislumbramos a chegada do acordo de colaboração premiada, de forte inspiração norte americana, encontra sua origem nos movimentos de Lei e Ordem- *law and order*. Sua origem histórica remonta ao direito anglo-saxão e pode ser extraída “[...] da expressão **crown witness**, ou **testemunha da coroa**.” (BRASILEIRO, 2020, p. 866). No direito americano foi empregada para enfrentar o crime organizado, na Itália recebeu o nome de *patteggiamento*, sendo instrumento que contribui para o enfraquecimento da Máfia.

Em nosso ordenamento jurídico, podemos encontrar referência a colaboração premiada na Lei dos crimes hediondos, Lei de combate aos entorpecentes, Lei dos crimes do sistema financeiro, entretanto sua regulamentação se dá através da Lei do crime organizado (Lei 12.850/13).

A colaboração premiada tem se mostrado como um novo espaço para o consenso em nosso sistema processual penal. Tem como característica ser um negócio jurídico processual penal de caráter punitivo, ao contrário dos institutos do Juizado Especial Criminal que é de natureza despenalizadora. Neste sentido podemos afirmar que:

Espécie do **direito premial**, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma **técnica especial de investigação (meio extraordinário de obtenção de prova)** por meio do qual o coautor *e/* ou participe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo em contrapartida, determinado prêmio legal. (BRASILEIRO, 2020, p. 867).

O Acordo de não persecução penal, tem origem no direito americano “[...]por inspiração nos seus *deferred prosecution* agrément (ou *adjudication*, conforme o Estado) e non *prosecution agreement*.” (DOTTI; SCANDELARI, 2019, p. 06).

No ano de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181, trazendo a regulamentação da investigação criminal por parte do Ministério Público e, também, a regulamentação, do art. 18, do acordo de não persecução penal, desde que cumpridos requisitos

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

presentes na referida Resolução. Podemos extrair da lição de (ANDRADE; BRANDALISE; 2017, p. 242):

[...] instituto que não guardava qualquer relação com a investigação criminal, estando ele ligado ao momento posterior à finalização da apuração criminal e à possibilidade de o Ministério Público não oferecer a ação penal pública mediante a realização de um acordo com a pessoa investigada. A esse instituto deu-se o nome de acordo de não-persecução penal.

Recentemente, a Lei 13.964/19, conhecida pelo nome de Pacote Anticrime, inseriu no Código de Processo Penal o art. 28-A, a possibilidade de acordo de não persecução penal, que pode ser conceituado como:

[...] negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juiz competente(...) -, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso-devidamente assistido por seu defensor-, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se não oferecer denúncia[...] (BRASILEIRO, 2020, p. 274)

Sendo proposto apenas para os crimes com pena máxima não superior a quatro anos, exige que o acusado confesse de que forma e, circunstanciadamente, a prática da infração, diferentemente da transação e suspensão condicional do processo que não possuem esta exigência entre os seus requisitos.

## 5 INSTITUTOS NEGOCIAIS E A AMERICANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: PLEA BARGAINING “À BRASILEIRA”

A sociedade contemporânea passa por mudanças constantes decorrentes da globalização, onde vislumbramos a ausência das fronteiras físicas, a difusão desenfreada de dados através da internet, além do fluxo contínuo de pessoas. Ao mesmo tempo em que vislumbramos a dispersão das fronteiras, vemos que deixaram de existir conceitos como “aqui” e “lá”, “nós” e “outros” produziu um novo efeito: “[...] em vez de homogeneizar a

condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tende a polarizá-la” (BAUMAN, 1999, p. 25)

Este movimento possui reflexos, também, negativos sendo estes, marcadamente, de matriz neoliberal, incentivadora do consumo desenfreado, onde é valorizada a acumulação de bens em detrimento dos valores do ser humano. Neste sentido, podemos trazer a lição:

Cumpre, então, concluir que a sociedade está em constante mutação social, verdadeiramente, uma sociedade em plena transformação do paradigma sociocultural da modernidade. Da mudança de paradigma surge outro fenômeno, a globalização neoliberal e pós-moderna.” (WUNDERLICH, 2002, p. 09).

Esse modelo neoliberal imposto com a globalização traz em si uma liberdade ilimitada ao mercado, que passou a ditar as regras no lugar do Estado, que cada vez mais tem seu poder diminuído e passou de mandatário a um mero cumpridor de regras impostas por grupos econômicos transnacionais.

O direito penal e o processo penal, diante desta sociedade globalizada e acelerada, não ficaram imunes a estes influxos. Novas legislações, reformas pontuais e “pacotes” surgem na esteira de emergências e da globalização que a cada dia nos impõe uma maior celeridade no processo, além da busca desenfreada pelo eficientíssimo, trazendo, portanto, um direito penal e, conseqüentemente, seu processo orientado pelos fins de matriz utilitarista.

O reflexo desta mudança na sociedade, pode ser vislumbrando através da introdução em nosso ordenamento jurídico dos institutos de caráter negocial. Os presentes institutos - colaboração premiada, acordo de leniência, acordo de não persecução penal - são originários dos países anglo-americanos de sistema *commom law*.

Conforme referido antes estes institutos, com origem nos movimentos de *law and order*, também, traz em seu DNA, uma forte aproximação com o modelo neoliberal imposto, privilegiando o valor das coisas no mercado, visando colocar os direitos do cidadão dentro da lógica mercadológica. “É cristalino que o processo penal não pode correr o risco de se tornar um *locus* onde se dispõe da liberdade das pessoas como se negocia com as coisas no direito privado. (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1121).

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

A realidade norte americana é diversa da brasileira, os acordos são, amplamente, celebrados onde as partes e, principalmente, o órgão acusador possuem ampla discricionariedade para sua celebração, sendo que em alguns Estados, o membro do Ministério Público é eleito pela comunidade local e em outros isso não ocorre. Esta realidade é diversa da apresentada por nosso sistema processual de origem continental.

A questão, reside na importação destes institutos para nosso sistema processual penal, sem a devida reflexão e adequação, bem como sequer é feita uma análise dos impactos que podem advir de sua aplicação. Os institutos negociais que nosso sistema penal incorporou advêm de um sistema adversarial. O Brasil busca, com a aplicação destes institutos, obter uma maior efetividade, celeridade e redução de custos do processo.

A abreviação urgente do processo, com a imediata aceitação pelo imputado de punição ou de condições impostas pelo órgão acusatório, em momento anterior à comprovação de sua autoria, vem a desafiar diretamente o processo penal garantista e o devido respeito aos direitos fundamentais do acusado. (REALE JÚNIOR; KAGUEIAMA, 2020, p. 10).

Juristas e outros envolvidos como a efetivação das leis buscam meios e formas de promover a celeridade e a simplificação do processo reduzindo o trajeto até a sanção penal. Neste sentido, não podemos entender o processo como um espaço de aceleração ou transformar seu espaço em um balcão de negócios, onde poucos privilegiados possuem condições de arcar com os valores propostos.

A denominada agilização da aplicação da lei penal com a adoção do consenso pode se referir à rapidez dos processos ou à obtenção de um maior número de baixas processuais, num tempo mais curto. Entretanto, a finalidade do processo não é unicamente a obtenção de seu término, mas a pacificação jurídica. (GIACOMOLLI, 2016, p. 333)

Como podemos afirmar que existe “justiça consensual, ou na melhor expressão “justiça dialogal”, quando a proposta é feita de forma unilateral, verticalizada por um dos atores, que ao final ainda afirma as consequências de sua não aceitação. A forma rápida que visa o término do processo passou a privilegiar a eficiência e rapidez da justiça, mas que

não pode esquecer de outros valores relevantes como a pacificação social e o reiteração de condutas.

Dentro da realidade do Direito Norte-Americano, onde “Na prática, o plea bargaining visa lutar contra o acúmulo de trabalho (e isso, pelo menos desde o Século XIX, nos E.U.A), mas sem deixar de lado os direitos e garantias individuais. [...]” (COUTINHO, 2019, p. 04), esta posição doutrinária nos conduz a comungar das mesmas preocupações e objetivos que norteiam sua aplicação no país de origem.

Podemos afirmar que os institutos negociais advêm de um movimento de expansão do Direito Penal, alargamento de tipos abertos e redução do espaço do devido processo legal com ampliação das soluções negociadas.

A implementação do acordo de leniência encontrou críticas, diante do princípio da indisponibilidade do interesse da administração pública, o que impõem limites a utilização de institutos negociais no âmbito estatal, entendendo que a mesma deve aplicar a sanção imposta na lei para o ilícito administrativo cometido.

Proposto o acordo de leniência e não ocorrendo seu cumprimento, nos termos da legislação que o disciplina, deixa de existir o reconhecimento da prática do ato ilícito que foi investigado, o que desnatura o instituto, pois se já ocorreu a confissão em tese praticou o ato tido como ilícito.

É vedado o acordo de leniência nas ações de improbidade administrativa, nos termos do art. 17, §1º da Lei 8.429/92, pois não é permitida a transação, acordo ou conciliação, assim, considerando a natureza do acordo de leniência este, também, se encontra abarcado pela norma.

Na colaboração premiada, o réu, ao ser interrogado, não só admite a prática do crime como, também, imputa a uma ou mais pessoas uma prática ilícita, sendo, portanto, um dos pressupostos da delação a confissão do fato criminoso.

Resta, demonstrada a origem do instituto da delação nos movimentos de emergência penal e hoje podemos afirmar que o instituto ganhou autonomia, o que demonstra uma tendência de mercantilização do processo penal e dos direitos fundamentais das pessoas.

Assim, a barganha se coloca como mecanismo determinante na caracterização da justiça criminal como um ‘mercado persa’, ou um supermercado moderno’, em que ilegítimamente direitos fundamentais das pessoas são transacionados. (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1123).



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

A adoção de meios de consenso, mostra uma tendência no sentido de buscar a diminuição do volume de processos, quando deveria em verdade investir em pessoal e novas tecnologias que possibilitem uma prestação jurisdicional adequada ao cidadão, bem como o enfrentamento da nova criminalidade organizada.

A valorização exacerbada da confissão, eleita agora como a rainha das provas, demonstra o retorno ao momento das provas tarifadas, uma vez que “[...] seu procedimento autoriza a prolação de sentença condenatória embasada fundamentalmente (e, em regra, exclusivamente) no reconhecimento de culpabilidade realizado pelo réu em troca do suposto benefício prometido pelo acusador.” (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1126).

O Estado, valendo-se de uma barganha, premia o delator que mesmo tendo cometido o crime, ao revelar suas circunstâncias e demais participantes, acaba sendo recompensado.

[...] o atuar do delator revela-se o mais repugnante de todos, pois além de ter atentado contra ordem jurídica e, por conseguinte, contra a sociedade, considerado o crime perpetrado, volta-se contra os próprios comparsas, protagonizando dupla traição: primeiramente, trai o pacto social que, enquanto cidadão, também assinou; em seguida traí os corréus, violando o pacto criminoso que firmaram. (SANTOS, 2017, p. 39)

Outro ponto referente a crítica feita ao instituto da colaboração premiada diz respeito a “[...] que acusados apenas reconhecem a culpabilidade para não se submeter aos riscos de uma reprimenda maior fenômeno nomeado de ‘problema do inocente’ (SANTOS, 2017, p. 08), nesse caso além de não querer submeter-se ao devido processo legal, a vontade do acusado estaria eivada de vícios como a coação.

Por fim foi acolhido mais, recentemente, o acordo de não persecução penal, tendo recebido muitas críticas devido a sua introdução em nosso ordenamento, através da Resolução nº 181, que fere de plano a previsão constitucional referente as competências para edição de leis, conforme se extrai da leitura do artigo 22, inciso I da CF/88: “compete privativamente à União legislar sobre [...] I — direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

A Resolução, não passa de um ato - norma regulamentadora - contendo caráter administrativo, sendo que matérias penais e processuais penais somente podem ser regulamentadas através de Lei, sendo tal ato

de competência da União, sendo esta, não passível de delegação a qualquer outro ente da federação (Estados, Municípios, órgãos estatais).

A competência para edição de resoluções, no tocante ao limite do seu conteúdo, já foi delimitado pelo STF através das ADI 12 e do MS 27621. No entanto a constitucionalidade do instituto foi questionada através das ADI's 5790 e 5793, a primeira de autoria da AMB e a segunda da Ordem dos Advogados do Brasil, estão na pendência de decisão judicial, devido à perda dos seus objetos com edição da Lei 13.964/19 denominada de “pacote anticrime”.

Em dezembro de 2019, através da edição da Lei 13.964/19, denominada de Pacote Anticrime, um presente de natal para o processo penal pátrio. A presente lei, esta sim, atendendo a previsão do art. 22, I da CF e passou a regulamentar o acordo de não persecução penal.

Institutos como o ANPP, conforme já informado, são de origem anglo-saxã e sua importação para o sistema processual penal brasileiro, foi feita sem a devida observância de sua adequação e pertinência a nossa tradição objetivando apenas dar celeridade e eficiência ao sistema punitivo, trazendo prejuízo aos direitos e garantias fundamentais do acusado. Nos Estados Unidos a crítica é no sentido de que:

“(a) réus pobres não teriam condições de arcar com advogado para fazer acordo justo; (b) a acusação poderia ameaçar com imputações desproporcionalmente graves por coagir a defesa a um acordo ruim; (c) o modelo afastaria a população do Judiciário”. (DOTTI; SCANDELARI, 2019, p. 05)

No caso da realidade econômico social do Brasil, podemos constatar que estas críticas se adéquam a nossa realidade processual, pois verificamos, mesmo após a ocorrência de grandes operações como Lava-jato e Mensalão que a grande maioria dos processos que aportam, diariamente, nos foros são de réus oriundos da parcela mais vulnerável da sociedade.

Pretende-se, assim, importar um instituto utilitarista, típico de países anglo-saxões, apenas com os olhos voltados a uma maior eficiência do Direito Penal e Processual Penal, sem que se leve em consideração realidade político-jurídica característica da sociedade norte-americana. (FILIPPO; PASCOLATI JUNIOR, 2019, p. 33).

Os juristas e defensores da introdução destes institutos no sistema brasileiro, buscam, por meio de uma visão utilitarista, resolver um

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

problema recorrente do judiciário, o excesso de processos e o custo que isso representa devido ao incentivo a litigiosidade, o que em determinados casos poderia ser resolvido através de práticas restaurativas ou outros meios presentes no nosso sistema processual.

Outro ponto que merece destaque na presente análise pode ser referido, diz respeito, em muitos casos o acusado assumiria uma pena, mesmo havendo a possibilidade de ser inocente, para não ter que enfrentar o longo e desgastante processo penal. Sendo que a confissão produzida pelo investigado deve ser voluntária, com liberdade e autonomia por parte do indivíduo implicado. Não podendo passar por coações físicas, morais ou o conhecido *overcharging*, onde os acusadores realizam imputações mais gravosas ao acusado para forçar um acordo prejudicial ao mesmo.

Configuraria uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, de acento constitucional, passar a ser orientada pelos princípios da oportunidade, que está ligado a questão de política criminal a ser adotada pela instituição.

Merece referência o fato de que é vigente em nosso ordenamento jurídico o sistema acusatório, no qual o interrogatório é visto como meio de defesa do acusado, sendo o acordo proposto em sede investigativa, não é possível sequer uma dilação probatória, mesmo que sumaríssima, a ponto de permitir a imposição de pena, única e, exclusivamente, baseada em uma confissão. Assim, seriam violados os princípios basilares do processo penal - devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Para uma parcela significativa de doutrinadores (RIBEIRO; TOLEDO, 2019, p. 32) “pouco importa se aplicação da medida se dará através de resolução ou de lei ordinária; o cerne da questão reside no fortalecimento da criminalização da pobreza.” Ao referir a confissão como pressuposto do acordo, o importante é que alguém seja punido.

O acordo de não persecução penal, pode ser proposto para os crimes com a pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, além de englobar os crimes comuns, mas acabou abarcando os crimes como peculato, concussão, corrupção ativa, contrabando, descaminho, entre outros crimes que possuem repercussão na administração pública, além de crimes eleitorais como porte ou posse ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Os institutos negociais estrangeiros, ingressaram em nosso ordenamento, sem o devido debate acadêmico, para que fossem adaptados ao nosso sistema processual penal, “[...] acentuaram a característica inquisitiva de um modelo cultural de processo que, mesmo após a (re)consti-

tucionalização e convencionalização, não conseguiu assimilar os passos primários de um modelo acusatório [...]”. (CHOUKR, 2019, p. 05).

Neste sentido, nossa constituição, diferente do que podemos vislumbrar no sistema norte americano, delimita o papel e as atribuições de cada um dos atores do jogo processual “Antes de tudo, *a Constituição da República não permite que os sujeitos invertam ou subvertam seus papéis constitucionalmente demarcados*” (COUTINHO, 2019, p. 04). No caso da atuação do Ministério Público, temos que o ser norteado pelo princípio da obrigatoriedade, bem como durante a fase processual da indisponibilidade da ação penal.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mostra-se indiscutível a influência hegemônica exercida pelos Estados Unidos no campo da economia, cultura e política e, neste jogo, o Direito não ficou de fora. A importação de institutos oriundos do sistema norte americano, decorrente do processo de globalização, para o nosso direito e processo penal fundado no devido processo legal suscita críticas devido a sua importação feita de maneira açodada sem a previa reflexão necessária de sua compatibilidade com o nosso ordenamento jurídico.

A implementação, portanto, dos institutos negociais americanos deve atender primeiramente a compatibilidade com a nossa Constituição e não o mero transplante de uma parte- institutos negociais, visando apenas uma maior celeridade processual em detrimento dos direitos e garantias fundamentais informadores do nosso sistema processual, que não permite a barganha e preza o rito processual.

Neste sentido, promovemos uma análise a respeito da origem e aplicabilidade dos institutos negociais e a consequente americanização do nosso sistema penal e processual penal. Desse modo, apresentamos um panorama dos institutos negociais, ou seja, de que modo foi inserida a justiça negocial alienígena em nosso ordenamento jurídico, bem como, buscamos demonstrar como ocorrem os problemas de sua aplicação que não atingem os fins propostos pelo Estado Democrático de Direito.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa.** Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401/46266>. Acesso em: 05/10/2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas.* Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos de sobre a justiça dialogal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado.** In: Boletim IBCCRIM, edição especial-projeto de lei “Anticrime”, parte I de II, ano 27, nº 317, abril 2019, p. 2-5.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Pacote Anticrime: silêncios e continuísmos.** In: Boletim IBCCRIM, edição especial-projeto de lei “Anticrime”, parte II de II, ano 27, nº 318, maio 2019, p. 5-6.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Brita. **Acordos de não persecução e aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro.** In: Boletim IBCCRIM, edição especial-projeto de lei “Anticrime”, parte I de II, ano 27, nº 317, abril 2019, p. 5-7.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de; PASCOLATI JUNIOR, Ulisses Augusto. **A americanização do Direito Penal pode ser bem-vinda?** In: Boletim IBCCRIM, edição especial-projeto de lei “Anticrime” parte II de II, n. 318, maio 2019. p. 33- 35.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O processo penal contemporâneo em face do consenso criminal: Diálogos corrompidos e persistência no monólogo vertical.** In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org). *Criminologia e Sis-*

A PROTEÇÃO DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS PELA VIA DO PROCESSO E DO DIREITO PENAL

temas Jurídico-Penais Contemporâneos. 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.p. 225-247.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONSELLOS, Vinícius Gomes de. **Justiça criminal negocial: Crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal**. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11346/2/Justica\\_Criminal\\_Negocial\\_critica\\_a\\_fragilizacao\\_da\\_jurisdicao\\_penal\\_em\\_um\\_cenario\\_de\\_expansao\\_do\\_consenso\\_no\\_processo.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11346/2/Justica_Criminal_Negocial_critica_a_fragilizacao_da_jurisdicao_penal_em_um_cenario_de_expansao_do_consenso_no_processo.pdf). Acesso em: 18/12/2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. **Segurança e justiça: o acordo de não persecução penal e sua compatibilidade com o sistema acusatório**. Disponível em: <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n38a6>. Acesso em: 05/10/2020.

NETO, Orlando Faccini. **Notas sobre a instituição do plea bargain na legislação brasileira**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 06, p. 175 – 201, abr. 2020.

REALE JÚNIOR, Migue; KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 1019, p. 277-304, set. 2020.

RIBEIRO, Natália Pimenta; TOLEDO, Yashmin Crispim Baiocchi de Paula. **Plea bargain à brasileira: A justiça penal negociada do Projeto de Lei Anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do**

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

**sistema criminal.** In: Boletim IBCCRIM, edição especial-projeto de lei “Anticrime”, parte I de II, ano 27, nº 317, abril 2019, p. 32-34.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras.** Porto Alegre: livraria do advogado, 2001.

# OS EFEITOS NEFASTOS DA CORRUPÇÃO EM FACE DOS BENS JURÍDICOS PENAIS TRANSINDIVIDUAIS

## THE NEPTIC EFFECTS OF CORRUPTION IN FACE OF DIFFUSED PENAL LEGAL GOODS

Laura Bublitz de Camargo<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo busca estudar os efeitos nefastos que a corrupção causa aos bens jurídicos penais transindividuais. Como ponto de partida, serão feitos alguns comentários em relação aos bens jurídicos penais transindividuais. Após, será enfrentado o tema da corrupção e seus impactos sociais e institucionais. Por fim, será analisado o tema central da pesquisa, consistente nos prejuízos causados aos bens jurídico penais transindividuais por atos de corrupção.

**Palavras-chave:** Corrupção; bens jurídico penais transindividuais; direito ambiental; desvio de recursos públicos.

### ABSTRACT

This article seeks to study the harmful effects that corruption has on diffuse criminal legal goods. As a starting point, some comments will

1 Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2010). Fez o Curso de Aperfeiçoamento Preparatório à Carreira da Magistratura, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) (2012). Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), aprovada com nota máxima no trabalho de conclusão de curso, apresentado perante banca examinadora. Atualmente é advogada no Escritório Aquino Camargo Advogados. Cursa Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Área de Concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, sob a orientação do Professor Rogério Gesta Leal. Endereço eletrônico: laurabublitzcamargo@gmail.com.



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

be made on criminal legal goods. Afterwards, the issue of corruption and its social and institutional impacts will be tackled. Finally, the central theme of the research will be analyzed, consisting of the damages caused to diffused criminal legal goods by acts of corruption.

**Keywords:** Corruption; criminal legal goods of a diffuse nature; environmental law; diversion of public resources.

### 1 INTRODUÇÃO

A doutrina vem acompanhando o desenvolvimento da Teoria do Bem Jurídico e a perspectiva social do crime, deixando de lado cada vez mais o exclusivo individualismo na concepção do Direito Penal, para reconhecer a importância do sistema social na caracterização do bem jurídico.

Nesse sentido, merecem destaque os bens jurídico penais de natureza difusa, que são aqueles que se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade, sendo, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Os bens de natureza difusa trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, são exemplos a proteção ao meio ambiente, a proteção das relações de consumo, da saúde pública, da economia popular, etc.

Como é sabido, a corrupção, por sua vez, é um mal que acomete quase todas as esferas de poder, público ou privado, e gera repercussão negativa para toda a coletividade, vez que rompe com a confiança da coletividade para com as instituições, além de prejudicar sobremaneira bens relevantes a toda a coletividade, como os referidos acima.

Assim, este trabalho tratará acerca dos efeitos nefastos causados por atos de corrupção aos bens públicos de natureza difusa, dada a relevância e atualidade do tema.

Eis o tema a desenvolver.

### 2 BENS JURÍDICOS PENAIS DIFUSOS: BREVES APONTAMENTOS.

A função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Contudo, nem todos os bens jurídicos devem ser protegidos pelo Direito Penal,

mas somente aqueles tidos pela sociedade como os mais relevantes, a estes denominamos bens jurídicos penais.

A existência de bens jurídicos de natureza coletiva no campo penal é reconhecida pela doutrina desde a formulação do conceito de bem jurídico. A tendência, atualmente, é o Direito Penal transcender ao individualismo para reconhecer a importância da tutela do coletivo, vez que é onde os membros de uma sociedade se desenvolvem e se realizam como indivíduos (MIR PUIG, 1988).

Jeschek (1993) reputa que os titulares de um bem jurídico podem ser a pessoa individual ou a coletividade e apresenta a seguinte classificação dos bens jurídicos:

Hay bienes jurídicos de la persona individual (bienes jurídicos individuales) (v.g. la vida, la libertad y la propiedad), entre los que forman un subgrupo los bienes jurídicos personalísimos (v.g. la integridad corporal y el honor), y bienes jurídicos de la colectividad (bienes jurídicos universales) (v.g. la protección de los secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario y la autenticidad del dinero).

Gianpaolo (2000) assevera que a doutrina vem acompanhando o desenvolvimento da Teoria do Bem Jurídico e a perspectiva social do crime, deixando de lado cada vez mais o exclusivo individualismo na concepção do Direito Penal, para reconhecer a importância do sistema social na caracterização do bem jurídico.

No mesmo sentido, Muñoz Conde e García Arán (1998) demonstram a existência de bens jurídicos individuais, que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas, e bens jurídicos coletivos, que afetam o sistema social. Como exemplos de bens jurídicos coletivos, contam a saúde pública, o meio ambiente, a organização política etc.

Zaffaroni (1981), por sua vez, reconhece a existência de bens jurídicos de sujeito múltiplo, de forma que um não pode dispor do bem individualmente sem afetar a disponibilidade de outro.

Com efeito, a ideia de bens jurídicos penais que não afetem diretamente os indivíduos de forma individual, mas uma coletividade de indivíduos e, portanto, interesses de relevância social, é conhecida e aceita pela doutrina do Direito Penal, com mudanças de enfoque, conforme o momento histórico e a perspectiva da análise de cada doutrinador (SMANIO, 2000).

Com efeito, as modificações que o capitalismo e os modelos econômicos vêm enfrentando, diante das relações sociais em que vive-

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

mos, vêm despertando o direito penal para a proteção de interesses que não são individuais, mas metaindividuais ou pluri-individuais (SMANIO, 2000).

Reconhecida a existência dos bens jurídicos penais transindividuais ou metaindividuais, resta caracterizar a distinção entre os bens jurídicos penais coletivos e os bens jurídicos penais difusos.

Gianpaolo Poggio Smanio (2000) propõe a seguinte classificação de bens jurídicos penais:

(a) os bens jurídicos penais de natureza individual, referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular. Citamos, como exemplo, a vida, a integridade física, a propriedade, a honra etc.;

(b) os bens jurídicos penais de natureza coletiva, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc.;

**(c) os bens jurídicos penais de natureza difusa, que também se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Os bens de natureza difusa trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, em que os interesses econômico industriais e o interesse na preservação ambiental se contrapõem, ou na proteção das relações de consumo, contrapostos os fornecedores e os consumidores, na proteção da saúde pública, no que se refere à produção alimentícia e de remédios, na proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc. Grifo nosso.**

No mesmo sentido Andressa Paula de Andrade e Pedro Paulo da Cunha Ferreira (2016) destacam:

[...] necessário se faz diferenciar bens jurídicos coletivos dos transindividuais. Por bens jurídicos coletivos entendem-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas demanda – entre esse ente e seus titulares – uma relação jurídica base que os congreguem. Os bens coletivos estão ligados às ne-

cessidades de uma coletividade em consonância com o sistema social. Da mesma maneira, estes bens possuem três critérios de interpretação: não exclusividade de seu gozo; da não rivalidade de seu consumo e da não distributividade.

Por sua vez, os bens jurídicos de natureza difusa e/ou transindividual possuem uma tutela que transcende o indivíduo e uma coletividade – e as relações jurídicas de base que os agrega –, abarcando todos, inclusive as futuras gerações. [...]

Enfrentaremos, no próximo tópico, o tema da corrupção para, adiante, analisar como os bens penais de natureza transindividual são afetados por atos corruptivos .

### **3 A CORRUPÇÃO E SEUS IMPACTOS SOCIAIS E INSTITUCIONAIS**

Segundo a Organização Não Governamental “Transparência Internacional”, que publica relatórios anuais avaliando os Índices de Percepção da Corrupção (IPC) de países de todo o mundo, o Brasil, no ano de 2019, manteve-se no pior patamar da série histórica (TRANSPARÊNCIA..., 2020).

O IPC é o principal indicador de corrupção no setor público do mundo. Produzido desde 1995 pela Transparência Internacional, o IPC avalia 180 países e territórios e os avalia em uma escala na qual “0” o país é percebido como altamente corrupto e “100” significa que o país é percebido como muito íntegro.

Em 2019, o país manteve-se no pior patamar da série histórica do Índice de Percepção da Corrupção, com apenas 35 pontos. Os 35 pontos da nota brasileira equivalem ao valor mais baixo desde 2012. Com esse resultado, o Brasil caiu mais uma posição no ranking de 180 países e territórios, para o 106º lugar. Este 5º recuo seguido na comparação anual fez com que o país também atingisse sua pior colocação na série histórica do índice. Em 2018, o país já havia perdido dois pontos e caído nove posições.

Como bem acentua Rogério Gesta Leal:

A corrupção, em termos de delimitação conceitual, se afigura como um fenômeno de múltiplos fundamentos e nexos causais, tratada por diversos campos do conhecimento (filosofia, ciência política, economia, sociologia, antropologia, ciência jurídica, etc.), não sendo de fácil compreensão e definição. (LEAL, 2013, p. 81).

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Conforme exposto, há uma gama enorme de acepções sobre o que é corrupção, tratando-se de definições subjetivas e abrangentes do termo, tendo em vista a dificuldade de se trazer uma conceituação precisa da expressão. Além do mais, a análise da corrupção, em seu contexto político, deve levar em considerações diversos elementos, tais como elementos culturais, sociais, econômicos, que influenciam a prática de atos corruptivos (LEAL, 2013).

Nesse sentido, José Murilo de Carvalho afirma que, no Brasil, o próprio sentido da palavra corrupção variou conforme o período da história, o que traz a sensação de imprecisão em sua definição e, complementa o referido autor:

[...] uma das causas do nosso pobre desempenho analítico pode estar na dificuldade de precisar o que cada um entende por corrupção. Em nossa história e sem dúvida também em outras, o sentido da palavra variou ao longo do tempo [...]. (CARVALHO, 2009, doc. eletrônico).

O referido autor expõe, ainda, que entre as inúmeras razões que agravaram a corrupção no Brasil, estão, em destaque, o crescimento da máquina estatal, trazendo consigo uma excessiva burocratização, ampliando as oportunidades para o exercício de práticas clientelistas e patrimonialistas, e aumentando o domínio do executivo sobre o legislativo; a ditadura militar, que protegeu com o arbítrio a atuação de governantes; e a construção de Brasília, que libertou os políticos do controle das ruas, ampliando a sensação de impunidade (CARVALHO, 2008).

Com efeito, as causas do fenômeno deletério, assim como a conceituação do termo, são inúmeras, não existindo uma razão única, tampouco uma solução singular para o problema. Em verdade, a corrupção existe em decorrência de uma soma de fatores que propiciam o aparecimento de condutas ilícitas.

Rogério Gesta Leal assevera que talvez uma democracia mais participativa e deliberativa com o envolvimento da sociedade civil como protagonista, seja uma das formas de responder ao problema, vez que a corrupção do corpo político é causada também pelo impedimento, restrição ou desvirtuamento da vontade soberana do povo (LEAL, 2013).

Segundo o referido autor, há múltiplas variáveis que operam, de natureza cultural, política, econômica, ideológica, para que ocorram condutas corruptivas, constituindo-se a burocracia de Estado, por exemplo,

fator importante às questões que dizem com o apossamento técnico do público pelo interesse que nem é às vezes privado, mas governamental, e não de Estado (LEAL, 2013).

A ineficiência estatal é considerada outro fator de desenvolvimento de prática de atos corruptivos; atos tais como decisões arbitrárias, que desvirtuam o poder, resultados de uma imódica discricionariedade dos agentes públicos, corporativismo existente em setores da Administração e ineficiência generalizada de repressão às práticas ilícitas, praticadas por pessoas que exercem funções públicas importantes, são alguns exemplos de ineficiência estatal que acabam por desencadear em corrupção.

De acordo com o estudo “Causes and Effects of Corruption: What Has Past Decade’s Empirical Research Taught Us? a Survey” de 2017 (DIMANT; TOSATO, 2017), os seguintes fatores foram atribuídos como causas de corrupção: níveis mais altos de monopolização do mercado e política; baixos níveis de democracia, fraca participação civil e baixa transparência política; níveis mais elevados de burocracia e estruturas administrativas ineficientes; baixa liberdade de imprensa; baixa liberdade econômica; Grandes divisões étnicas e altos níveis de favoritismo de grupo; desigualdade de gênero; baixo grau de integração na economia mundial; grande tamanho do governo; baixos níveis de descentralização do governo; ex-colônias francesas, portuguesas ou espanholas mostraram ter maior corrupção do que as antigas colônias britânicas; riqueza de recursos; pobreza; instabilidade política; direitos de propriedade fracos; contágio de países vizinhos corruptos; baixos níveis de educação; baixo acesso à Internet (DIMANT; TOSATO, 2017).

Renato Janine Ribeiro (2000) adverte que não há corrupção sem uma cultura de corrupção, pois tal fenômeno demanda o endosso, mesmo que tácito, do seu entorno, com níveis de aceitação social e institucional.

O antropólogo Roberto DaMatta (1997 apud LEAL, 2013) denomina a incorporação cultural da corrupção junto à sociedade civil brasileira de “jeitinho brasileiro”, consistindo no argumento de driblar a excessiva quantidade de regulamentação, por vezes criadoras de proibições que se afastam da realidade social. Sérgio Habib (1944 apud LEAL, 2013), por sua vez, identifica, na prática do “jeitinho brasileiro”, uma modalidade de descumprimento da lei e de corrupção, que já estaria institucionalizada no Brasil, como forma de se contornar a intransigência e a impessoalidade de algumas normas, inclusive da própria lei, quando há a presença de interesse (LEAL, 2013).

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Nessa perspectiva, Rogério Gesta Leal expõe que tal fato repercute na administração pública brasileira, criando um ambiente que facilita o desrespeito aos princípios que devem informar a atuação do agente a serviço do Estado (LEAL, 2013).

Importante destacar, outrossim, que a corrupção administrativa no Brasil configura, também, herança do Período Colonial Português, encontrada em toda a América Latina.

Nesse sentido, Raymundo Faoro, descreve a organização administrativa do Brasil-Colônia, destacando que os vícios que a colônia revela nos funcionários portugueses se escondem na contradição entre os regimentos, leis, provisões e a conduta jurídica, com o torcimento e as evasivas do texto em favor do apetite e da avareza (RAYMUNDO, 1987).

Darcy Ribeiro (1995 apud LEAL, 2013) observa que na formação do Brasil sempre houve certa vinculação entre as esferas de poder estatal e privado, ainda que ocasionalmente uma tenha se sobreposto à outra, o que revela a falta de tradição de impessoalidade no serviço público, favorecendo a confusão entre as duas searas, fomentando a corrupção administrativa (LEAL, 2013).

Rogério Gesta Leal (2013) cita pesquisa de opinião pública realizada em 2009, pelo Centro de Referência do Interesse Público, envolvendo o tema da corrupção e o interesse público, concluindo que a população brasileira, em linhas gerais, considera o problema da corrupção uma marca da vida pública nacional.

Na sequência, prossegue o renomado professor:

O prof. Newton Bignotto, sobre a pesquisa referida, sustenta – e com ele concordo – que apesar da sociedade brasileira considerar a corrupção uma das principais mazelas do país, o Brasil carece de um tratamento sistemático da questão e, sobretudo, de um estudo de longo prazo que nos ajude a compreender a extensão e a profundidade de um fenômeno percebido como central em nossa vida pública e sobre o qual sabemos relativamente pouco. (LEAL, 2013, p. 87).

Como visto, a corrupção não tem uma única causa, mas, sim, um conjunto de fatores que, de certa forma, a influênciam, devendo tais motivos serem analisados e sopesados com o intuito de obter-se meios concretos para remediá-los.

#### **4 OS EFEITOS NEFASTOS DA CORRUPÇÃO EM FACE DE BENS PENAIS TRANSINDIVIDUAIS**

Com o passar do tempo, os bens jurídicos tutelados pelo nosso ordenamento têm adquirido novos contornos. Antes, a proteção recaía predominantemente em bens precisos, específicos, tais como patrimônio, vida, integridade física etc., que, embora individuais, não necessariamente são de livre disposição pelo titular (a vida, por exemplo).

Atualmente, a tutela penal tem alcançado o meio ambiente, a ordem econômica, as relações de consumo, dentre outros bens. Este fenômeno tem sido denominado “espiritualização ou desmaterialização” do bem jurídico, já que a proteção jurídico-penal passa a incidir em bens coletivos, difusos, e não mais somente naqueles titularizados por um indivíduo individualmente.

O fenômeno corruptivo pode ser apontado como fator relevante no tocante a violação dos referidos bens. Nessa perspectiva, é notável que as patologias corruptivas são óbice ao desenvolvimento sustentável do meio ambiente e de outros bens difusos, tendo o Direito Penal moderno importante papel no enfrentamento da questão.

Desde a revolução industrial, a exploração predatória dos recursos naturais, com vistas à obtenção do lucro a qualquer custo, vem causando uma terrível deterioração ao meio ambiente, como resultado do modelo capitalista de acumulação de riquezas, difundido no mundo inteiro. (GIACOBBO; NOTAR, 2014).

A Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) constituiu o licenciamento ambiental, impondo que, para a realização de atividades que causem significativo impacto ambiental é necessário prévio licenciamento, concedido por uma estrutura integrada de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das fundações instituídas pelo Poder Público, com intuito de criar mecanismos aptos a reduzir os impactos ambientais causados pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores ou que possam causar degradação (BRASIL, 1981).

O licenciamento ambiental, quando criteriosamente instruído com base nas regulamentações legais, torna-se medida eficaz de controle ambiental, pois mantém o empreendimento delimitado nos termos legais e regulamentares durante todo o período das instalações e operações (GIACOBBO; NOTAR, 2014).



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Com efeito, os órgãos ambientais e de controle urbanístico, como responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, tornam realizável a política de desenvolvimento urbano sustentável.

Sabemos que, muitas vezes, diante do interesse econômico que determinados empreendimentos podem gerar para uma localidade, as disposições legais e regulamentares não são cumpridos afetando a devida proteção ao meio ambiente.

Os procedimentos administrativos dos órgãos ambientais, muitas vezes, não têm sido conduzidos de acordo com as finalidades do licenciamento ambiental e o mandamento constitucional de garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, encontrando obstáculos na estrutura burocrática do Estado, eis que a figura da corrupção aparece como principal óbice à obtenção do desenvolvimento sustentável. (GIACOBBO; NOTAR, 2014).

Nessa perspectiva, bem asseveram Guilherme Estima Giacobbo e Marcio Bonini Notar (2014):

A corrupção é vislumbrada como uma espécie de resultado nefasto da configuração institucional que favorece a formação de esquemas destinados a pilhar os recursos públicos em favor de interesses privados. O capital é o motor propulsor da corrupção e não é diferente na organização burocrática dos órgãos de controle ambiental onde o poder econômico e grande aporte de recursos acabam por corromper de forma visceral os trâmites necessários para que se coadunem em harmonia o empreendimento efetiva ou potencialmente poluidor, o desenvolvimento sustentável e a manutenção do equilíbrio ecológico.

Ante o exposto, percebe-se que a lógica neoliberal de acumulação de riquezas aliada à legitimação do livre-mercado e a cultura de corrupção enraizada nos órgãos burocráticos do poder público, acabam por contaminar os órgãos de controle ambiental responsáveis por conciliar o desenvolvimento das atividades econômicas com a preservação ambiental. (GIACOBBO; NOTAR, 2014).

Podemos citar como exemplo a “Operação Concutare”, caso de corrupção envolvendo órgãos de controle ambiental de níveis regional e municipal, a Operação deflagrada pela Polícia Federal, em de abril de 2013, objetivou a repressão de crimes ambientais, crimes contra a administração pública e lavagem de dinheiro. A Operação identificou um grupo criminoso formado por servidores públicos, consultores ambientais e

empresários. Os investigados atuavam na obtenção de concessões ilegais de licenças ambientais e autorizações de explorações minerais por meio dos órgãos de controle ambiental. (G1, 2013).

A vulnerabilidade dos órgãos de controle, por meio da quebra de conduta de seus agentes, é motivo de preocupação de órgãos internacionais dedicados ao estudo do problema da corrupção e também é um fato observável ao redor do globo.

Segundo Ramina (2003, p. 55):

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, enquanto braço do desenvolvimento das Nações Unidas acentuou a grande corrupção que 'impede o desenvolvimento sustentável através de distorções no processo de decisão. Como resultado, pessoas erradas são incumbidas de realizar projetos errados a preços errados'.

Giacobbo e Notar (2014) chamam a atenção para o fato de que a meritocracia muitas vezes passa longe do critério de escolha para os dirigentes de boa parte dos setores da administração pública, asseverando que quanto maior o índice de corrupção em um país, maior será o montante de cargos ocupados através do tráfico de influências e da troca de favores em detrimento da escolha razoável, pautada pela técnica e pela probidade.

Com efeito, a não observância de princípios e regras que orientam a administração pública ocasionam o aumento do nível de corrupção de um Estado e é diretamente proporcional aos seus valores culturais e sua tolerância com o fenômeno.

Outro bem penal de natureza difusa amplamente atingido por atos de corrupção é a economia popular. Tal questão dispensa maiores delongas, sendo notório os escândalos corruptivos envolvendo danos ao Erário diariamente.

Escândalo recente e de grande repercussão em nosso país, merecendo destaque, é a "Operação Lava Jato", caso de corrupção que causou enorme desfalque nos cofres públicos.

A Polícia Federal considera a Operação Lava Jato a maior investigação de corrupção da história do país (OLIVEIRA, 2016), e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos considera o esquema de corrupção do Grupo Odebrecht, investigado pela Lava Jato, como o maior pagamento de propina da história mundial (HELCIAS, 2016). A Lava Jato revelou um quadro de corrupção sistêmica no Brasil, mostrando que a corrupção passou a fazer parte do próprio sistema. Em 2015, uma pesquisa de opi-

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

não realizada pelo instituto Datafolha, indicou que a corrupção é o maior problema no Brasil. Em junho de 2017, a Diretoria de Combate ao Crime Organizado (DICOR/PF) totalizou que, a partir de 2013, as perdas com diversos desvios atingiram perto de 123 bilhões de reais (WIKIPÉDIA, 2020).

Com efeito, a corrupção produzida em face dos bens penais difusos repercute de maneira negativa na vida de todos os brasileiros, na medida em que bens jurídicos, que pertencem à sociedade como um todo, são habitualmente atingidos por atos corruptivos.

Nessa perspectiva, importante a missão do Direito Penal moderno de tutelar os interesses coletivos com ferramentas e aparatos punitivos. Importante registrar, ainda, que as lesões ou perigo de lesões a certos bens jurídicos de caráter transindividual se mostram de difícil ou, até mesmo, impossível reparação. É o que ocorre com o meio ambiente, cujos efeitos drásticos e colaterais que certos comportamentos, técnicas ou substâncias causam ao meio ambiente e, conseqüentemente, a todas as demais formas de vida que dependam de seus substratos e recursos naturais (ANDRADE e FERREIRA, 2016).

Assim, necessária uma Política Criminal que faculte certas antecipações de punibilidade, indispensáveis nos casos em que se deve conter dados comportamentos arriscados as escalas prévias, evitando-se a efetiva lesão ou perigo concreto a que expõem o meio ambiente, a saúde pública ou o patrimônio genético humano e todos os bens de natureza transindividuais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção é um mal que acomete quase todas as esferas de poder, público ou privado, e gera repercussão negativa para a sociedade, vez que rompe com a confiança da coletividade para com as instituições, além de prejudicar sobremaneira bens relevantes a toda a coletividade, como exemplificado acima.

Os resultados nefastos da corrupção são inúmeros, sua complexidade é vasta e atinge uma gama de áreas multidisciplinares, não sendo diverso seu efeito sobre os bens públicos de natureza difusa, tais como a proteção ao meio ambiente, das relações de consumo, da saúde pública, da economia popular, etc.

No tocante a questão ambiental, como exemplificado acima, a manutenção do equilíbrio ecológico, assegurado constitucionalmente,

não raras vezes, é aliado em face dos interesses econômicos de corporações e empreendimentos.

A corrupção, como visto, é fenômeno complexo e de múltiplas causas, sendo de difícil enfrentamento. A melhor doutrina aponta no sentido de que a edição de novas leis de combate aos crimes envolvendo atos de corrupção pouca efetividade terá se não vier acompanhada de estudos multidisciplinares capazes de investigar as suas causas e consequências.

A corrupção institucional é reflexo da sociedade e uma quebra de paradigma neste nível só é possível através um empoderamento social efetivo numa lógica de gestão pública compartilhada onde todos cobram e fiscalizam o Estado do qual todos são parte.

De fato, é urgente a constituição de um conhecimento mais sistemático de como a corrupção e o enriquecimento pessoal decorrente dela afetam a atuação dos governos, dos mercados e da população brasileira.

Nesse sentido, válida a observação de Rogério Gesta Leal no sentido de que, apesar de todos elementos configurativos da corrupção, ainda há ausência de indicadores confiáveis para mensuração dos níveis estatísticos e espaços em que ela opera, afigurando-se aleatório comparar realidades e atores diversos, razão pela qual é necessário construir mecanismos que balizem os comportamentos reiterados capazes de gerar parâmetros aceitáveis dos fatores que a facilitam, bem como sua difusão, para então se chegar às ferramentas mais eficazes de tratá-la (LEAL, 2013).

## 6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Andressa Paula de; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. **Revista dos Tribunais**, v. 123, set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em: 12 dez. 2020.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

CARVALHO, José Murilo de. **O eterno retorno?** A corrupção parece prática imutável, mas adquiriu diferentes sentidos na história nacional. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <https://ospyciu.wordpress.com/2015/03/03/excelente-texto-o-eterno-retorno-a-corrupcao-parece-pratica-imutavel-mas-adquiriu-diferentes-sentidos-na-historia-nacional-jose-murilo-de-carvalho/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

CARVALHO, Carvalho, José Murilo de. Quem transgride o que? In: CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, Marcílio Marques (org.). **Cultura das transgressões no Brasil: lições da história**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ETCO. **Corrupção no Brasil custa até R\$ 69,1 bilhões/ano**. Fortaleza, 2010. Disponível em: <HTTPS://WWW.ETCO.ORG.BR/ETCO-NA-MIDIA/CORRUPCAO-NO-BRASIL-CUSTA-ATE-RSIFRAO-691-BILHOES-BARRA-ANO/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

FERNANDES, João Marcelo Negreiros. Corrupção e violação a direitos humanos: obstáculos ao desenvolvimento brasileiro no século XXI. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, v. 11, n. 1, 2019. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-6.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2020.

G1. **PF conclui inquérito da Operação Concutare e indícia 49 pessoas no RS**. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/08/pf-conclui-inquerito-da-operacao-concutare-e-indicia-49-pessoas-no-rs.html>. Acesso em 12 dez. 2020.

GIACOBBO, Guilherme Estima; NOTAR, Marcio Bonini. As patologias corruptivas como óbice ao desenvolvimento sustentável: os órgãos de controle ambiental e os efeitos nocivos da corrupção. In: LEAL, Rogério Gesta; SILVA, Ianaíê Simonelli da (org.). **As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014. p. 168-180.

HELCIAS, Ricardo. Para EUA, Odebrecht praticou 'maior caso de suborno da história'. **Veja**, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/para-eua-odebrecht-praticou-maior-caso-de-suborno-da-historia/>. Acesso em: 10 maio 2017.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 4.<sup>a</sup> ed. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 234.

LEAL, Rogério Gesta; SILVA, Carla Luana da. Corrupção, urbanismo e improbidade administrativa: um estudo de caso. **Revista de Direito da Cidade**, Santa Cruz do Sul, v. 9, n. 3, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rdc.2017.29011>. Acesso em: 18 maio 2020.

LEAL, Rogério Gesta. Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais. In: LEAL, Rogério Gesta; SILVA, Ianaiê Simonelli da (org.). **As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014. p. 9–26.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte geral**. 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Reppertor, 1998, p. 135.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 3.<sup>a</sup> ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998. p. 65.

OLIVEIRA, Noelle. **Saiba por que a Lava Jato é considerada a maior investigação da história do Brasil**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://memoria.etc.com.br/noticias/politica/2016/03/saiba-porque-lava-jato-e-considerada-maior-investigacao-sobre-corrupcao-da>. Acesso em: 29 jul. 2017.

PINHONI, Marina. 5 efeitos danosos da corrupção que você não vê. **Exame**, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://exame.com/brasil/5-efeitos-danosos-da-corrupcao-que-voce-nao-ve/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

RAMINA, Larissa L.O. **Ação internacional contra a corrupção**. Curitiba: Juruá, 2003. p. 55.

RAYMUNDO, Faoro. **Os donos do poder**. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O conceito de bem jurídico penal difuso**. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11530-11530-1-PB.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 106.

TERRA. **FGV: corrupção custa R\$ 30 bi ao ano para a economia do País**. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/fgv-corrupcao-custa-r-30-bi-ao-ano-para-a-economia-do-pais,d6aa6f7d7fc4b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 27 set. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de percepção da corrupção 2019**. Brasil, 2020. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em: 27 set. 2020.

WIKIPÉDIA. **Corrupção no Brasil**. 2020. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Corrup%C3%A7%C3%A3o\\_no\\_Brasil#:~:text=No%20ano%20seguinte%2/C%20um%20estudo,3%20por%20cento%20do%20PIB](https://pt.wikipedia.org/wiki/Corrup%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil#:~:text=No%20ano%20seguinte%2/C%20um%20estudo,3%20por%20cento%20do%20PIB). Acesso em: 27 set. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 1981. vol. 3, p. 242.

# PROPORCIONALIDADE E DEVERES OBJETIVOS DE PROTEÇÃO: A SEGURANÇA COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL



Elbio Ferraz Junior<sup>1</sup>  
Luís Carlos Rollsing<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente ensaio se propõe a examinar a fundamentalidade do direito à segurança no Estado Democrático de Direito e o reconhecimento de um dever de proteção imposto ao Estado, que se origina do própria Constituição. Para alcançar tal objetivo, a partir do paradigma constitucional inaugurado no segundo pós-guerra e da seus reflexos na concepção acerca da importância e do papel dos direitos fundamentais e no reconhecimento da proporcionalidade em sua dupla face (proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente), pretende-se demonstrar que o direito à segurança encontra-se na base dos direitos fundamentais, porquanto possibilita o livre exercício dos demais direitos, e que encontra seu fundamento na teoria constitucional dos imperativos de tutela.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito; Direitos Fundamentais; Proporcionalidade; Segurança; Liberdade

---

1 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS.  
E-mail: elbioferrazjunior@gmail.com

2 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS.  
E-mail: luiscarlosrollsing@gmail.com



ABSTRACT

This essay aims to examine the fundamentality of the right to security in the Democratic Rule of Law and the recognition of a duty of protection imposed on the State, which stems from the Constitution itself. To achieve this goal, from the constitutional paradigm inaugurated in the second post-war period and its reflexes in the conception about the importance and the role of fundamental rights and in the recognition of proportionality in its double face, it is intended to demonstrate that the right to security is at the base of fundamental rights, because it enables the free exercise of other rights, and that it finds its bases in the constitutional theory of objective duties of protection of fundamental rights.

**Keywords:** Rule of Law; Fundamental Rights; Proportionality; Security; Liberty

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A contemporaneidade é marcada, dentre outras coisas, por altos níveis de insegurança, muito em razão dos perigos gerados pelo contínuo processo de industrialização, pela desmedida avanço tecnológico e pelo capitalismo globalizado e voltado para a produção de mercado. Por esta razão, as últimas décadas têm sido caracterizadas por um incremento do Direito Penal, material e processual, como forma de resposta ao clamor por melhores níveis de segurança, promovendo, por vezes, relações tensionantes entre direitos fundamentais de matiz individual e coletiva, notadamente, uma colisão entre o direito à segurança e aos direitos de liberdade individuais.

Nesse contexto, o atual estágio de avanço civilizatório já não permite que se conceba um Estado que esteja atento tão somente aos direitos individuais (de primeira geração) e que descure de direitos transindividuais (de segunda e terceira gerações), de tal sorte que os esforços de proteção estatal devem recair sobre ambas as espécies, como um único conjunto de direitos.

Nesse sentido, o presente ensaio, atento às limitações qualitativas e quantitativas que o espaço de fala impõe, pretende apresentar, em rápidos traços, uma construção teórica que permita conformar a segurança como direito social fundamental, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, com toda a carga axiológica adquirida ao longo

do constitucionalismo do segundo pós-guerra, e alicerçado na teoria dos deveres objetivos de proteção dos direitos fundamentais (imperativos de tutela) e na dupla face dos direitos fundamentais (proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente).

Para alcançar tal objetivo o presente estudo se divide, por questões didáticas, em três partes distintas, porém, com estreita conexão entre si.

A primeira parte dedica-se a um rápido resgate histórico das principais condições que alçaram a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, os direitos fundamentais, à base do constitucionalismo contemporâneo, notadamente a partir das democracias consolidadas no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, onde a teoria constitucional recebeu um incremento axiológico em decorrência do reconhecimento da força normativa da Constituição, que passou a ocupar lugar central do ordenamento jurídico, a constitucionalização de extensos catálogos de direitos fundamentais e uma alta carga principiológica, tudo como forma de concretização de suas promessas políticas.

Por seu turno, a segunda parte do ensaio busca evidenciar o reconhecimento da proporcionalidade em sua dupla face: se, por um lado, protege o cidadão do Estado, impondo limite negativo à atuação deste, como um direito de defesa do indivíduo em face de abusos do Poder Público (proibição de excesso), por outro, protege o cidadão por meio do Estado, quando diante de violações patrocinadas por particulares, o que pode (e por vezes deve) ser feito pelo Direito Penal, e servindo como fundamento para a sua intervenção.

Por fim, a terceira parte destina-se a apresentar bases argumentativas que permitam conformar o direito à segurança como um direito social fundamental, construindo tal narrativa a partir da base teórica pavimentada nas duas primeiras partes deste ensaio, e traçando diretrizes que visam harmonizar supostas relações de tensão entre direitos fundamentais de natureza individual e direitos fundamentais de natureza transindividual, como o direito à segurança.

## **2 O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO SEGUNDO PÓS-GUERRA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PENAL**

As agruras da Segunda Grande Guerra Mundial, notadamente em razão das atrocidades cometidas pelo regime nazista, tiveram repercussão inimaginável e deixaram marcas em todas as esferas da atuação

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

humana. O Direito de matriz romano-germânica não ficou imune. O período pós-guerra impulsionou um redesenho institucional que fez com que o Direito, em especial o Constitucional, nunca mais fosse o mesmo, passando uma profunda e irreversível transformação na maneira de interpretar e aplicar as suas normas, com repercussões em praticamente todo o mundo ocidental (FERRAJOLI, 2007, p. 72-73).

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2015, p. 28) sustenta que, no período pós-guerra, uma série de mudanças foram experimentadas no mundo ocidental, tendo em comum a preocupação de que as barbáries perpetradas pelo nazismo não se repetissem, em especial aquelas que foram patrocinadas com base no conceito de “Direito” vigente à época, colmatado na visão do positivismo jurídico. Com o objetivo de superar esse paradigma, novas Constituições foram promulgadas por toda a Europa continental, compartilhando a característica de conterem a positivação de extensos catálogos de direitos fundamentais, que passaram a ser o “centro de gravidade do constitucionalismo contemporâneo”.<sup>3</sup>

Ademais, as constituições passaram a ocupar lugar central no ordenamento jurídico, submetendo todo o ordenamento à sua autoridade (supremacia), regulando o próprio processo de produção das leis e dos demais atos normativos, e tendo sua força normativa reconhecida, especialmente no tocante aos seus princípios.<sup>4</sup> Tribunais Constitucionais foram criados, recebendo, dentre outras, a atribuição de declarar nulos, por meio do controle de constitucionalidade, as leis e atos que violassem os preceitos constitucionais, tudo isso diante de uma “expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação” (BARROSO, 2015, p. 28).

Portanto, pela primeira vez, na contemporaneidade, a lei é submetida a uma situação necessária de adequação e, portanto, de subordinação a uma norma superior que vincula todo o ordenamento jurídico, o que vem a representar a delimitação dos fundamentos do Estado de Direito pela sujeição completa das funções estatais ao Direito, diga-se, à

---

3 A expressão *centro de gravidade do constitucionalismo contemporâneo* é utilizada por Cláudio Ari Mello, em sua obra: *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 125.

4 Significa dizer que a Constituição não só normatiza o processo de produção legislativa, mas também impõe proibições e obrigações substantivas em seu conteúdo.

vontade popular expressada na Constituição. Sem embargo, trata-se da realização do princípio do governo das leis e não do governo dos homens<sup>5</sup>, que reflete uma das bases ideológicas do Estado de Direito (ZAGREBELSKY, 2011, p. 34).

Na esteira do novo paradigma de Estado e, por conseguinte, do próprio Direito, a teoria do bem jurídico, elemento central do Direito Penal, também precisou se adequar, embora ainda traga consigo uma carga bastante grande do clássico modelo liberal, ainda distante de uma melhor conformação ao modelo de preservação de direitos e liberdades individuais e coletivas inerentes ao Estado Democrático de Direito (FELDENS, 2005, p. 44).

O modelo instaurado pelo Estado Democrático de Direito exige, portanto, que à perspectiva clássica liberal de direitos fundamentais orientados a um plano negativo, ou seja, como um direito de defesa contra o Estado, seja acrescentada a noção de que os direitos fundamentais implicam, também, em prestações positivas por parte desse mesmo Estado (SARLET, 2006, p. 321).

Logo, direitos fundamentais e Direito Penal possuem uma necessária relação de complementariedade. A aproximação entre ambos ocorre a partir do momento em que os direitos fundamentais passam a ser o critério para a escolha dos bens jurídicos penalmente tutelados pelo Estado. Significa dizer que o legislador penal está materialmente vinculado à Constituição, de tal sorte que a lei penal pode ser compreendida como o instrumento pelo qual o Estado protege seus bens jurídicos mais relevantes (PULIDO, 2007, p. 815).

### **3 A DUPLA FACE DA PROPORCIONALIDADE: OS DEVERES OBJETIVOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NECESSÁRIA SUPERACÇÃO DO MODELO CLÁSSICO LIBERAL-INDIVIDUALISTA**

Como já assentado, desde uma perspectiva tradicional, de matiz liberal-individualista, os direitos fundamentais constituem limites (nega-

---

5 O próprio Zagrebelsky (2011, p. 34) alerta para o fato de que não se trata de uma realização plena, que somente seria possível numa visão jusnaturalista, uma vez que o elemento político emanado pela vontade dos homens está circunscrito relegado ao ato constituinte.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

tivos) à atuação do Estado. Dito de outra forma, eles impõem obrigações de abstenção, freando intervenções indevidas na esfera de bens jurídicos fundamentais do indivíduo, projetando-se, portanto, de forma unilateral, como verdadeiros direitos de defesa oponíveis em face do Estado (FELDENS, 2007, p. 220).

Não obstante, Ingo Sarlet (2006, p. 331) adverte que, na medida em que o Estado Democrático (e Social) de Direito se fortalece, a partir da segunda metade do século XX, ocorre uma ressignificação dos direitos fundamentais, que passam a atuar como deveres de proteção (imperativos de tutela), implicando em “deveres de atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares”.

Tal construção remonta à paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão no caso *Lüth*<sup>6</sup>, em 1958, consignou que os direitos fundamentais, além de sua já tradicional função de direito subjetivo de defesa, oponíveis contra atos do Estado, constituem, também, um catálogo de decisões políticas que expressam os valores objetivos de determinada comunidade, que irradiam sua eficácia a todo o ordenamento jurídico, vinculando o Estado como um todo (órgãos, poderes e atos), de tal sorte que dignidade da pessoa humana, fundamento das democracias do segundo pós-guerra e, na mesma medida, dos próprios direitos fundamentais, possui uma dimensão objetiva, exigindo, dentro da lógica das democracias contemporâneas, prestações positivas destinadas à sua proteção (PEREZ LUÑO, 1995, p. 20-21).

---

6 O paradigmático caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198-230), possui importância ímpar na história do Tribunal Constitucional Federal Alemão, porquanto foi a primeira decisão a reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (eficácia horizontal), fazendo menção, ainda, ao efeito irradiante dos direitos fundamentais: “os direitos fundamentais estão direcionados, em primeiro plano, a assegurar aos indivíduos a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; são direitos de resistência do cidadão frente ao Estado (...) Da mesma forma é correto, entretanto, que a Lei Fundamental, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico, estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...) Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Executivo e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos”.

Diante desse novo paradigma de Estado, o Direito assume uma função de transformação. Vale dizer, no Estado Democrático (e Social) de Direito, “às funções ordenadora e promotora do Direito, próprias do modelos de Estado Liberal e Social, respectivamente, agrega-se a função de potencial transformação social”, a partir de um redimensionamento da função protetiva de direitos fundamentais, notadamente a partir da complexidade da sociedade contemporânea (STRECK, 2004, p. 240).

Como adverte Ingo Sarlet (2006, p. 304-306), de forma paradoxal, o legado iluminista da proporcionalidade em sua vertente de proibição de excesso – um dos pilares do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, da visão garantista do Direito Penal –, deve ser superado, juntamente com o modelo penal clássico de matriz liberal-individualista. Se tal perspectiva era adequada e pertinente para um momento histórico onde buscava-se impor limites aos abusos de um Estado absolutista, o atual modelo estatal não comporta mais tal uma apropriação reducionista e parcial da proporcionalidade, de tal forma que também lhe é atribuída uma obrigação (positiva) de natureza fundamental e, portanto, típica de sua própria essência: a obrigação de utilizar dos meios preventivos e repressivos que se mostrem necessários, adequados e proporcionais à tutela da segurança, dos direitos e das liberdades dos cidadãos, o que, no mais das vezes, se dará pela via penal, o que está intimamente ligado à própria noção de um Estado voltado à concretização dos direitos fundamentais, e que os compreende como “fundamento, finalidade e tarefa do Estado e da própria sociedade”<sup>7</sup>

A partir dessa perspectiva, e diante da dimensão adquirida pelo princípio da proporcionalidade na proteção dos direitos e garantias fundamentais, fica caracterizada a sua dupla face, construída e reconhecida na mesma medida em que as democracias do segundo pós-guerra foram se consolidando: ao passo que ainda mantém sua função tradicional de direito subjetivo (dimensão negativa), de defesa do particular contra intervenções desmedidas do Estado (proibição de excesso), os direitos fundamentais passam a ser reconhecidos, também, como direito obje-

---

7 Nesse sentido, a proibição de proteção deficiente, como outra face da proporcionalidade, impõe “um dever de proteção do Estado”. Essa obrigação positiva do Estado estende-se, inclusive, a relações privadas onde ocorram violações a direitos fundamentais, exigindo uma presença mais intensa e ações mais concretas do Estado como forma de garantir a segurança do corpo social, “notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal” (SARLET, 2006, p. 306).

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

tivo (dimensão positiva), reclamando atuações positivas do Estado na salvaguarda de direitos mediante ações positivas (proibição de proteção deficiente), vale dizer, como imperativos de tutela. Tais dimensões decorrem da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da constituição servem de parâmetros para a aferição da liberdade de conformação (discrecionalidade) do legislador (PULIDO, 2014, p. 163 e ss.)<sup>8</sup>

Logo, uma vez explorados os aspectos relativos à dupla face da proporcionalidade e aos deveres objetivos de proteção de direitos fundamentais, que importam no reconhecimento de que o Direito Penal encontra substrato lógico formal e material com a Constituição, tendo-a como com fonte de legitimidade, tanto na proteção de direitos fundamentais individuais, como na proteção de direitos (fundamentais) sociais, que serviram de alicerce para a construção teórica do próximo tópico, passar-se-á para a necessária contextualização do direito à segurança, como direito fundamental, a partir de uma necessária a superação do modelo liberal-individualista, típico do Estado Liberal.

### 4 A SEGURANÇA COMO DIREITO (SOCIAL) FUNDAMENTAL

Assentadas as linhas iniciais do presente ensaio, que versaram sobre o paradigma constitucional inaugurado a partir no segundo pós-guerra, sobre os reflexos no modo de concepção do princípio da proporcionalidade (dupla face) e no próprio Direito Penal, notadamente em relação ao entendimento já sufragado de que a Constituição impõe obrigações positivas ao Estado (imperativos de tutela e proibição de proteção insuficiente), surge o desafio de contextualizar a fundamentalidade do direito à segurança.

Como advertem André Maya e Pietro Lorenzoni (2019, p. 242), a incerteza e a insegurança são características destacadas da sociedade contemporânea,<sup>9</sup> o que tem como consequência, direta ou indireta, o alarga-

---

8 Dito em outras palavras, sempre que um ato Estado, ao ser sopesado, resultar desarrazoado, desproporcional, de forma a violar um direito fundamental, ele estará sujeito à inconstitucionalidade por violar a proibição de excesso. De outra banda, sempre que um direito fundamental-social, como a segurança, não for protegido de maneira suficiente pelo Estado, seja por omissão, seja por escolhas equivocadas, ele será igualmente inconstitucional, por violar a proibição de proteção insuficiente (PULIDO, 2014, p. 163 e ss.).

9 No mesmo sentido: MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: perseguição entre os ideais de liberdade e segurança. Revista

mento do controle punitivo do Estado pela via penal, material e processual, em face das instabilidades provocadas por essa dinâmica social que reclama por maiores níveis de segurança, levando a um “suposto conflito entre o direito à segurança e às liberdades individuais”.

O surgimento de novos riscos e a potencialização de outros há bastante conhecidos, em razão do acelerado desenvolvimento tecnológico e da cada vez maior complexidade das relações sociais contemporâneas<sup>10</sup>, já seriam substrato fático apto a ensejar a necessidade de uma intervenção mais incisiva do Direito Penal, seja de forma preventiva, seja de forma repressiva, como forma de restabelecer patamares civilizatórios mínimos de segurança.

Nesse contexto, importa assinalar que o atual estágio de avanço civilizatório já não permite que se conceba um Estado que esteja atento tão somente aos direitos fundamentais individuais de liberdade (de primeira geração) e que descure de direitos fundamentais transindividuais sociais (de segunda geração), de tal sorte que os esforços de proteção estatal devem recair sobre ambas as espécies, como um único conjunto de direitos.

No entanto, assevera Baltazar Jr. (2010, p. 205), não se pode deixar de observar que: “segurança e liberdade, vistos como princípios, podem entrar em colisão, pois quanto maior a vigilância, e menor a liberdade, maior a segurança. Ao contrário, quanto maior o grau de liberdade, maiores os riscos e menor a segurança. Com isso não se afirma que segurança e liberdade sejam incompatíveis, mas que terá que ser buscada entre ambos a concordância prática em casos concretos, de modo a conferir a máxima eficácia possível a ambos”.

---

de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. v. 3. n. 1. Jan/jun. Brasília: 2017. p. 97-117; LEAL, Rogério Gesta. O Direito Penal e Processual Penal na Sociedade de Riscos: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La expansión del derecho penal. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001; RIPOLLÉS, José Luiz Díez. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2005, núm. 07-01. p. 01:1-01:37, 2005; GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

10 Embora não seja objeto do presente estudo, Ulrich Beck inaugurou, em 1986, a partir de sua obra intitulada “Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade”, importantes reflexões acerca das relações sociais contemporâneas, caracterizadas por níveis bastante altos de complexidade, tema que também foi alvo de estudos, a título de exemplo, por sociólogos e filósofos da envergadura de Anthony Giddens (1991), Niklas Luhmann (1999) e Zygmunt Bauman (1999).



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Diante desse eventual impasse, a matriz teórica de Alexy (2005, p. 161) enfrenta a colisão de direitos fundamentais de natureza individual (liberdades) e de natureza transindividual (segurança), a partir da lógica da ponderação (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Logo, compreendendo os princípios como mandados de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível em face das possibilidades fáticas e jurídicas, a ser verificada no caso concreto, a ponderação permitiria a densificação do direito material quando ela se fizesse necessária, adequada e proporcional.

Supera-se, assim, a falsa premissa de que existiria uma incompatibilidade entre as duas espécies, uma relação permanente de tensão que impediria, portanto, a concretização do direito fundamental à segurança por representar violação excessiva às liberdades individuais.

Outra questão importante, leciona Luciano Feldens (2007, p. 223) é a de que a falta de proteção jurídica adequada aos bens fundamentais de determinada sociedade, não só potencializa a sensação de insegurança, coloca em risco a própria subsistência do ordenamento jurídico nessa comunidade, de tal sorte que a proteção pela via penal, no mais das vezes, revela-se como condição inescapável à plena realização do direito fundamental”.<sup>11</sup>

Nesse sentido, torna-se pertinente trazer ao debate, com Sarlet (2009, p. 122) que os direitos fundamentais são aqueles direitos catalogados de forma expressa no texto constitucional e que, portanto, incorporados na ordem jurídica interna, correspondem aos valores que ocupam os mais altos graus em uma escala de importância para determinada comunidade política, que, direta ou indiretamente, decorrem da dignidade da pessoa humana, verdadeiro “objeto do respeito e proteção por parte do Estado e da comunidade”.<sup>12</sup>

Não à toa, Baltazar Jr. (2010, p. 187) entende que a segurança encontra-se na base dos direitos fundamentais, porquanto, conforma e permite o pleno exercício dos demais direitos fundamentais, de tal forma

---

11 Nesse sentido, ver: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra: Almedina, p. 1219; RUBIO LLORENTE, Francisco. “Los Deberes Constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, a. 21, nº 62, may./ago. 2001; DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Civitas, 2003, p. 403.

12 Sobre o tema, Alexy (2008, p. 520-573), define os direitos fundamentais como sendo aquelas posições jurídicas que, do ponto de vista do direito constitucional, são de tal forma relevantes para a comunidade, que não podem ser deixadas na esfera da disponibilidade absoluta do legislador ordinário.

que, sem segurança, não seria possível o exercício “dos demais direitos materiais, nem o livre desenvolvimento da personalidade humana com dignidade”. Destaca, ainda, que a segurança é inerente à própria proteção a ser conferida a toda a sorte de direitos, seja de cunho individual, seja de cunho coletivo, o que não significa dizer que a segurança possui relação de hierarquia com os demais direitos fundamentais.

Tal visão é corroborada por Luciano Feldens (2007, p. 219), para quem, a partir de uma perspectiva contratualista, as obrigações estatais de prover a segurança dos indivíduos que compõem o seu corpo social são a versão contemporânea do contratualismo hobbesiano, no que é seguindo por Sarlet (2006, p. 331), quando explica que, expressamente previsto em normas de direitos fundamentais, o dever de proteção (segurança) pode ser atribuído ao Estado desde os seus primórdios, porquanto o Estado é quem detém o monopólio tanto do uso da força, como da “solução dos litígios entre os particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares”.

Com o objetivo de pôr termo à luta de “todos contra todos”, típica do estado de natureza em que viviam, os homens pactuam abrindo mão de sua soberania sob a condição de, como contraprestação, receberem a segurança do Leviatã. Tal restrição imposta pelos homens a si mesmos, tem origem no desejo de abandonar aquela condição permanente de guerra, em troca de uma vida mais harmônica e, portanto, mais satisfatória e segura, de tal forma que à figura do Estado, deve recair um poder suficiente legitimar sua razão de ser, provendo a necessária segurança aos homens (FELDENS, 2007, p. 219-220).<sup>13</sup>

Diante desse cenário, e de forma racional, a renúncia a um efetivo direito de autoproteção, dando ensejo à criação do Estado, só se explicaria a partir de uma contraprestação que lhe garantisse uma efetiva proteção

---

13 Nesse sentido, ver Hobbes (1983, p. 105-106): “Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas. É esta a geração daquele grande Leviatã (...). É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, de maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Àquele que é portador dessa pessoa se chama soberano e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos”.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

por parte dessa nova figura, o que permite concluir que os imperativos de tutela parecem encontrar origem na matriz contratualista clássica (ALEXY, 2007, p. 440-441).

Com efeito, o dever estatal de garantir a segurança dos cidadãos é um dos fundamentos da própria existência e legitimação da figura estatal, de tal sorte que do Estado absolutista ao Estado Democrático (e social) de Direito, guardadas as estruturas e características inerentes a cada momento histórico, não só se fortaleceu a concepção noção de segurança entre os cidadãos e contra o Estado, como acrescentou-se a noção de segurança que se dá a partir da concretização de direitos sociais (BALTAZAR JR., 2010, p. 190).

### 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, as reflexões desenvolvidas ao longo do ensaio permitiram assentar alguns aspectos importantes da temática trabalhada.

Pode-se verificar, nestas poucas linhas, que as democracias ocidentais do segundo pós-guerra mudaram definitivamente a forma de se relacionar com o Direito, rompendo de maneira definitiva com um modelo que se mostrou incapaz de frear o arbítrio estatal e o cometimento de barbáries sem precedentes durante o regime nazista, que tinha na lei um instrumento que legitimava suas ações.

A mudança paradigmática envolveu um redesenho institucional profundo que permitiu o reconhecimento da força normativa da Constituição, da sua centralidade no ordenamento jurídico, e a vinculação de todo o Estado às suas diretrizes, além da criação de tribunais constitucionais por toda a Europa continental, espalhando-se por, praticamente, todas as democracias conhecidas.

As constituições passaram a contar, ainda, com catálogos de direitos fundamentais, em maior ou menor grau, derivados da dignidade da pessoa humana, fundamento dos Estados Democráticos de Direito.

Dessa forma, a Constituição é o documento político que, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, ao tempo que consagra direitos fundamentais e estabelece limites ao exercício do poder político, a partir de diretrizes de proteção do particular frente ao Estado, também fixa diretrizes que impõem deveres objetivos de proteção dos mesmos indivíduos.

A intervenção penal encontra fundamento na própria Constituição, na qual encontra tanto limites negativos de atuação, como mandados que determinam sua intervenção com o objetivo de lançar sua proteção sobre determinado bem jusfundamental, sempre sobre os olhares atentos do princípio da proporcionalidade, em sua dupla face: proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente.

Nesse sentido, a proibição de insuficiência decorre do caráter objetivo dos direitos fundamentais, devendo ser entendidas como dever de ação do Estado frente a violações de direitos fundamentais, diferentemente da proibição de excesso, que tem o caráter de direito subjetivo do indivíduo, oponível pelo particular em face do Estado.

A partir da concepção da dupla face da proporcionalidade, constata-se que os direitos fundamentais individuais (liberdade) e os direitos fundamentais transindividuais (como a segurança) não são incompatíveis, podendo conviver de forma harmoniosa.

Por fim, a partir dessas constatações, o direito à segurança, desde os primórdios, além de ser a razão de ser do Estado, é indiscutivelmente um direito fundamental, notadamente por estar na base dos demais direitos, possuindo um status de condição de possibilidade de fruição dos demais direitos fundamentais, devendo ser penalmente protegido, sempre sob as lentes da proibição de excesso e da proibição de proteção insuficiente.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **O Direito Penal e Processual Penal na Sociedade de Riscos: aspectos teóricos e pragmáticos (estudos de casos)**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005.

FELDENS, Luciano. **Deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, n. 01, Out/Dez. 2007, pp. 214-230.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Os pensadores. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo, Abril Cultural, 1983

LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Direito (fundamental) à segurança? Uma aproximação a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional brasileiro e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: LEAL, Rogério Gesta; SBARDELOTTO, Fabio Roque; ÁLVAREZ, Rodrigo Ríos (Orgs.). **O direito penal e o processo penal como instrumentos de defesa de direitos públicos incondicionados: perspectivas brasileiras e chilenas**. E-book. Porto Alegre: FMP, 2019.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6. ed., Madrid: Tecnos, 1995.

PULIDO, Carlos Bernal. O princípio da proporcionalidade na legislação penal. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 805-830.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador**. - 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9a ed. rev. atual., e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre Proibição de Excesso e de Insuficiência**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid, n. 10, 2006, pp. 303-354.

STRECK, Lenio. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Revista do Ministério Público, n. 53. jan/2004, pp. 221-251.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição - a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro, Forense. 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.



# SOCIEDADE DE RISCO: A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

## RISK SOCIETY: THE EXPANSION OF CRIMINAL LAW

Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo busca realizar um estudo doutrinário, legalista e reflexivo acerca de como se deu o desenvolvimento da sociedade de risco ao longo dos anos até ensejar no fenômeno da expansão do Direito Penal, sobretudo, sob o enfoque do perigo e do risco criados na sociedade afetando bens jurídicos individuais e, principalmente, transindividuais. Outrossim, será apresentado o paradoxo existente entre os crimes de lesão e de perigo, diferenciando, ainda, os crimes de perigo concreto e abstrato, tão importantes para elucidar o fenômeno da expansão do Direito Penal. Por fim, será aferido se o fenômeno da expansão do Direito Penal é lícito, se viola direitos e garantias fundamentais à luz do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Sociedade de Risco. Perigo Abstrato. Tutela Penal.

### ABSTRACT

This article seeks to carry out a doctrinal, legalistic and reflective study of how the development of the risk society took place over the years

---

1 Advogado. Pós-Graduado em Ciências Penais. Acadêmico do curso de Pós-Graduação em Direito de Famílias e Sucessões e do Mestrado em Tutelas à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Integrante do Grupo de Pesquisa Garantias Processuais dos bens públicos indisponíveis, coordenado pelo Prof. Dr. Fábio Roque Sbardelotto. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos versus Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Endereço eletrônico: venancioterra@hotmail.com.



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

until it gave rise to the phenomenon of the expansion of Criminal Law, above all, under the focus of danger and risk created in society affecting individual and, mainly, transindividual legal assets. In addition, the paradox that exists between crimes of injury and danger will be presented, also differentiating crimes of concrete and abstract danger, so important to elucidate the phenomenon of the expansion of Criminal Law. Finally, it will be assessed whether the phenomenon of the expansion of Criminal Law is lawful if it violates fundamental rights and guarantees in the light of the Democratic Rule of Law.

**Keywords:** Criminal Law. Risk Society. Abstract Danger. Penal Protection.

### 1 INTRODUÇÃO

Essa investigação consistirá em uma pesquisa versando sobre a temática da sociedade de risco, explanando, sobretudo, como ocorreu o seu desenvolvimento na sociedade sob a ótica do perigo e do risco, ensejando na expansão do Direito Penal para abarcar os novos bens jurídicos tutelados, especialmente, na figura dos bens jurídicos transindividuais.

Ainda, abordar-se-ão as diferenças existentes entre os crimes de lesão e de perigo, principalmente, os crimes de perigo abstrato, uma vez que estes fazem parte do expansionismo penal.

Por fim, a justificativa do problema afigura-se na (i)legitimidade da expansão do Direito Penal, e de seus institutos sob o cerne dos direitos e garantias fundamentais cogentes ao Estado Democrático de Direito.

O método empregado no objeto em estudo é o hipotético-dedutivo, a partir de análise bibliográfica, doutrina e legislação existente sobre o tema.

### 2 DA SOCIEDADE DE RISCO

Iniciando o estudo da sociedade de risco, é necessário diferenciar os significados de risco e perigo. No entendimento de Rodrigo da Silva Roma, essa “diferença encontra-se exatamente no binômio conhecimento/aproveitamento das situações potencialmente lesivas na esfera de atuação do ser humano” (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 18).

O autor entende que o “risco pode ser conceituado como o perigo conhecido ou aproveitado pela sociedade moderna, assim, é possível considerar que o comportamento arriscado sempre esteve presente nas relações humanas”.

Segundo o sociólogo alemão Ulrich Beck, responsável por profundos estudos acerca da sociedade de risco, a sociedade moderna é a responsável por criar seus próprios riscos, por conseguinte, vive ocupada debatendo, gerenciando e prevenindo-os (BECK, Ulrich, 2006, p. 329). Beck diferencia riscos e perigos a medida que “os riscos têm um caráter de permanência e continuidade”, já os “perigos não são relacionados com instituições consolidadas e consequências gerais controláveis da produção industrial e sistemas técnicos” (BECK, Ulrich, 1998, p. 28).

No entendimento de Peter Bernstein, o ser humano de hoje não “confia seu futuro unicamente à vontade indeterminada de Deus”, diferentemente do que ocorria no passado (BERNSTEIN, Peter, 1996, p. 1).

Feitas estas considerações, *prima facie*, é possível perceber que “o perigo sempre esteve presente na vida humana e que o conceito de risco é algo fabricado, isto é, uma elaboração teórica no sentido de ser uma situação de aproveitamento ou relacionamento entre o homem e o perigo” (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 19).

Destarte, a criação do risco foi obra das civilizações modernas a partir dos séculos XVII e XVIII, já que tais civilizações foram orientadas pelo futuro, rompendo com o passado “em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou caprichos da natureza”. Contudo, o capitalismo moderno passa a controlar o risco por considerá-lo importante elemento gerador de riquezas, lucros e prejuízos, sendo um processo contínuo e típico da estrutura social (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 24).

De tal modo, aprofundando o tema, partir-se-á para um ensaio verificando de que maneira o risco insere-se no contexto social, a exemplo do gerenciamento das atividades arriscadas.

### 3 RISCOS SOCIAIS

Sob o aspecto dos riscos sociais, o criminalista Pierpaolo Cruz Bottini, adotando um conceito subjetivo e objetivo no tocante ao risco, razão pela qual entende que “o pensamento positivista clássico conceitua o perigo como uma construção subjetiva do ser humano”. Logo, “conceber acontecimentos desta forma impede que o ser humano tenha certeza

absoluta dos resultados decorrentes de uma ação concreta”. No máximo, pode-se “estabelecer probabilidades, e a probabilidade de ocorrência de um dano caracteriza a ação perigosa”. Desta forma, “o perigo diz respeito à apreensão subjetiva do acontecimento danoso, que só existe porque o homem não conhece a relação de causalidade precisa decorrente dos fatos” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz, 2007, p. 30-32).

Todavia, o perigo, conforme o próprio Bottini assevera, com o passar dos anos “não figurava mais como razoável admitir a possibilidade de conhecimento absoluto dos nexos causais, simplesmente, porque não havia a tão propagada regularidade dos eventos naturais conforme afirmavam os positivistas”. Consequentemente, “o perigo deixava o campo subjetivo passando a ostentar uma realidade objetiva”, de conteúdo real, externo ao ser humano, e, por isso, deveria ter seu critério alterado.

Através desta concepção objetiva de perigo, Bottini entendeu ser possível “caracterizar o risco como a qualidade de uma situação que antecede ao perigo”. Assim, o risco refere-se à tomada de consciência de um perigo futuro de acordo com as opções que o ser humano adota ou têm diante de si. Na medida em que “o perigo é destino, o risco relaciona-se com medição, planejamento e estratégia” desse perigo. Por sua vez, o “risco será sempre uma qualidade do agir do ser humano diante de diversas opções”.

No entanto, segundo Anthony Giddens, a sociedade de risco “compreenderia um período em que as consequências da modernidade tornam-se mais universalizadas e radicalizadas, tendo como ponto de partida um modelo de produção que determina um novo papel ao risco” (GIDDENS, Anthony, 1991, p. 13).

A sociedade de riscos pode ser definida como o modelo em que a produção social da riqueza vem acompanhada, indistintamente, por uma idêntica produção de riscos (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, 2006, p. 33). Conforme a sociedade alcança novos patamares de forças produtivas e tecnológicas, acaba por florescer uma nova gama de riscos até então desconhecidos (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 28-30).

Ao lecionar sobre a institucionalização da insegurança, Jesús-María Silva Sánchez aduz que a sociedade europeia atual apresenta uma crise do modelo de Estado de bem estar, seja por razões de desemprego, marginalidade (juvenil - principalmente), migrações voluntárias forçadas, choques de culturas, fatos que acarretam em importantes problemas de ordem interna, como, por exemplo, episódios frequentes de violência. Por esta razão, ocorrem “*conflictos interindividuales*”, através do fenômeno da

*“criminalidad de masas”*, constituindo outra dimensão da sociedade de risco. O *“nuevo es que las sociedades postindustriales europeas experimenten problemas de vertebración hasta hace poco desconocidos en ellas (por la inmigración, la multiculturalidad y las nuevas bolsas de marginalidad)”*. Assim, *“lo nuevo es también que, a raíz de todo ello, la ideología de ley y orden haya calado en sectores sociales mucho más amplios que los que la respaldaban en los años sesenta y posteriores”* (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, 2001, p. 30-31).

Com o desenvolvimento das teorias da probabilidade e com a apresentação de modelos matemáticos, a gestão dos riscos sociais ganhou importante instrumento teórico capaz de mensurar os riscos e definir as estratégias mais adequadas para a atuação do indivíduo em um cenário capitalista. É o denominado “estudo do impacto das atividades de risco” (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 32-33).

Desta forma, o gerenciamento de atividades arriscadas ganhou espaço com o surgimento de novas tecnologias que possibilitaram aferir não só a potência dos perigos, como também a extensão de seus efeitos num cenário de dificuldade científica em reconhecer os cursos causais que atribuem papel de extrema relevância ao gerenciamento de riscos, delimitando a margem de atuação do “risco permitido” para as atividades consideradas arriscadas, aferindo se os “níveis de risco” são aceitáveis social e economicamente.

O risco permitido seria o patamar de segurança suportável e necessário à coesão social, na qual os desvios do padrão não seriam tão significativos para que ocorresse uma restrição comportamental (DE GIORGI, Raffaele, 1994, p. 49). No entanto, o cidadão contemporâneo não reúne mais condições para diferenciar o perigoso do inofensivo, uma vez que muitos dos riscos atuais são, praticamente, imperceptíveis (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 35-37).

Diante deste impasse, cabe ao Estado definir o grau de segurança ideal para a prática de uma determinada atividade e quais seriam os patamares aceitos pela sociedade para a realização desta atividade em nome da segurança jurídica e social levando em consideração o risco desta atividade. Por conseguinte, caberá ao gestor estatal, que muitas vezes utiliza a política para tanto, definir qual o interesse que deve preponderar em um determinado grupo em detrimento de outros “como instrumento de coerção e preservação social”, ao passo que o Direito figura no meio desta colisão. Atualmente, é possível explicitar como exemplo da referida

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

colisão supramencionada as restrições sociais enfrentadas por todos no enfrentamento da pandemia da Covid-19.

O risco influencia a insegurança social e, até mesmo, a ameaça global que a modernidade causa à estrutura social nos dias atuais. A soma dos riscos e inseguranças constituem elementos centrais na dinâmica social do risco (BECK, Ulrich, 1998, p. 95).

Diante do que fora supramencionado, algumas questões necessitam ser minimamente dirimidas, como, por exemplo: qual seria o paradigma do risco? Qual seria o paradoxo desse risco? E, por fim, qual seria o papel do Direito Penal no gerenciamento deste risco?

### 4 O PARADIGMA DO RISCO E O DIREITO PENAL

A sociedade de riscos contemporânea é produto proveniente da modernização reflexiva, na medida em que a distribuição da riqueza é progressivamente superposta pela lógica da distribuição de riscos, atingindo a todos indiscriminadamente. De tal modo, a sociedade de classes gravita em torno desta distribuição de riqueza produzida socialmente (BECK, Ulrich, 1998, p. 199-210).

Contudo, um novo paradigma da sociedade de risco atua num parâmetro distinto, em vez da repartição de riquezas, o sociólogo alemão questiona como a sociedade moderna conseguirá minimizar ou conviver com os riscos intimamente ligados ao processo de modernização sem ignorar os limites aceitáveis para o convívio entre os seres humanos (BECK, Ulrich, 1998, p. 26).

No paradoxo do risco, as dificuldades em estabelecer sua medida ou o seu grau de tolerância, a disputa entre discursos, repercute diretamente nas categorias do Direito. Consequentemente, reflete na construção de um Direito positivo, posto que com normas, regulamentos, jurisprudências e posicionamentos doutrinários ambíguos, conflitantes entre si, impactam na existência de uma solução consensual destas divergências (BOTTINI, Pierpaolo Cruz, 2007, p. 48-49).

Consequentemente, caberá ao Direito Penal o protagonismo de destaque nesse cenário complexo orientado pelos riscos sociais de natureza difusa que têm o risco como elemento central na organização da sociedade, sendo fato determinante na orientação da política criminal. A forte presença de tipos penais de perigo abstrato nas legislações, a normatização da teoria da imputação objetiva, o laço estreito na autoria dos

crimes omissivos, a relação dos crimes de cuidado com os crimes culposos, utilizam o risco como elemento nuclear do tipo penal. De tal modo, o risco incorpora-se ao Direito Penal da mesma forma que é incorporado em outros setores da sociedade, de modo impactante e incisivo (BOTTINI, Pierpaolo Cruz, 2007, p. 49).

Alberto Silva Franco explica que “não são apenas as garantias formais que ficam submetidas a esse processo de deterioração”, pois “as garantias materiais do Direito Penal (proporcionalidade, culpabilidade, igualdade, humanidade da pena, ressocialização etc.) são também atingidas”, sendo criados “novos delitos, em especial, na área socioeconômica e ambiental, e quase todos eles com a característica de crimes de perigo abstrato” (FRANCO, Alberto Silva, 2018, p. 23).

Destarte, justifica-se a utilização imprescindível do Direito Penal contemporâneo como pilar no gerenciamento dos riscos. Desta forma, é necessário que ocorra um aprimoramento por parte do gestor de riscos em razão dos novos contextos de periculosidade apresentados, para que a expansão do Direito Penal seja compreendida tanto do ponto de vista dogmático, quanto do ponto de vista legal.

## 5 A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL NO GERENCIAMENTO DO RISCO

Diante da afirmação da sociedade de risco, ocorreu uma nova série de impactos na seara penal, tanto no tocante à construção de novas figuras delitivas, quanto no entendimento daquelas já preexistentes (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 59). Silva Sánchez leciona que nem sempre os riscos sociais decorrem de um modelo social lastreado no risco através de decisões que outros cidadãos adotam em suas aplicações técnicas (avanços na indústria, biologia, genética, informática, etc.), mas, também, “porque a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, desloca para marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais” (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, 2002, p. 28-29).

O risco acaba como figurando como *condicio sine qua non* para o desenvolvimento e manutenção do modelo produtivo atual (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 60). Bottini percebe que “a demanda de expansão do Direito Penal sobre os novos riscos vem acompanhada de uma contra-argumentação de ordem econômica, que sugere a retração dos âmbitos de abrangência das normas criminais”, sob pena de ensejar na

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

“paralização de todas as atividades produtivas. Mais uma vez o gestor de riscos, que pode ser o legislador ou o juiz, em meio a um conflito que perpassará toda a atividade política criminal” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz, 2007, p. 86).

O clamor da atualidade por uma atuação mais ampla do Direito Penal deve-se, em grande parte, à aparente incapacidade de operação dos outros remédios sociais para o controle social na contenção de riscos (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 63).

Silva Sánchez entende que no mundo atual em decorrência das crescentes dificuldades de orientação cognitivas, parece razoável que ocorra a busca por elementos de orientação normativa, inserindo, assim, quase que de modo obsessivo o Direito Penal. Com efeito, “*en una sociedad en la que se carece de consenso sobre valores positivos, parece que al Derecho penal le corresponde «malgré lui» la misión fundamental de generar consenso y reforzar a la comunidad*” (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, 2001, p. 41-42). No mesmo sentido, Bottini corrobora que a repercussão dos perigos das atividades produtivas pelos meios de comunicação em massa amplia e intensifica a sensação de insegurança social acarretando na intervenção penal (BOTTINI, Pierpaolo Cruz, 2007, p. 88).

Mirentxu Corcoy Bidasolo, autora catalã, alude que a ideia de que “*la legitimidad del control de riesgos por medio de la comunicación a través de consecuencias penales*”, em particular, “*de penas privativas de libertad, es el punto de partida de la dicotomía que surge en la discusión penal actual*” (BIDASOLO, Mirentxu Corcoy, [199-], p. 25).

Deste modo, ao Direito Penal resta a tarefa de conter riscos sem descuidar da sua preocupação constante em não levar a cabo totalmente essa função, visto que no caso de obtenção de êxito total, dizimar-se-ão as estruturas do capitalismo moderno que em sua imensa maioria, convivem bem com os avanços tecnológicos vinculados aos riscos (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 65-66).

Luis Gracia Martin apresenta como características dos novos riscos sociais a sua grande dimensão e a indeterminabilidade de pessoais potencialmente ameaçadas (MARTIN, Luis Gracia, 2005, p. 48). Assim, o tipo penal da precaução afetará, justamente, a espécie de atividade cuja “contenção é exigida por uma sociedade apavorada com os efeitos potenciais e ocultos das novas tecnologias”, criando, deste modo “o tipo penal da precaução por meio da técnica de perigo abstrato” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz, 2007, p. 109).

Portanto, resta claro que o que se faz necessário é a apuração da legitimidade da intervenção penal na tutela dos novos riscos gerados pelo desenvolvimento social e, ao mesmo tempo, continuar tutelando os bens jurídicos tradicionais como, por exemplo, a vida, a liberdade sexual e o patrimônio, na medida em que os novos bens são mais complexos e demandam maior profundidade do que os bens tradicionalmente tutelados (BIDASOLO, Mirentxu Corcoy, [199-], p. 28).

Com a utilização do Direito Penal no gerenciamento do risco, surge a obrigação de diferenciar os tipos penais de perigo e de lesão, bem como, qual o tipo de bem jurídico tutelado por esses tipos penais.

## 6 CRIMES DE PERIGO

No entendimento de Juarez Cirino dos Santos, a distinção entre os tipos penais de perigo e de lesão ocorre de acordo com o conteúdo que estiver disposto no tipo penal, seja tutelando a lesão ou o perigo de lesão. Nesse sentido, os tipos penais de lesão são caracterizados pela lesão real do objeto tutelado, ao passo que os tipos penais de perigo descrevem somente a produção de um perigo para o objeto tutelado. Estes podem ser divididos, ainda, em tipos penais de perigo concreto ou abstrato (SANTOS, Juarez Cirino, 2007, p. 110).

A despeito dos crimes de lesão, Claus Roxin ensina que estes possuem como característica a necessária superveniência do dano a um bem jurídico. A não existência da lesão ao bem jurídico poderá significar um indiferente penal ou, então, quiçá uma tentativa. Por sua vez, os crimes de perigo seriam aqueles em que a ação ou omissão somente traduzem uma ameaça mais ou menos intensa para o objeto da ação (ROXIN, Claus, 1997, p. 336).

Para Aníbal Bruno, os crimes de perigo seriam aqueles em que não é exigido um resultado para que ocorra a consumação. Logo, para a sua incidência bastaria uma simples probabilidade/potencialidade de dano/perigo (BRUNO, Aníbal, 1967, p. 222-223).

O crime de perigo pode ser definido como aquele que se consuma através da simples criação de um perigo para o bem jurídico tutelado sem, todavia, ensejar na obrigatoriedade de produção de um dano efetivo, no qual o elemento volitivo é o dano de perigo ao bem jurídico tutelado (BITENCOURT, Cezar Roberto, 2010, p. 224).



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Eugenio Raúl Zaffaroni leciona que “a afetação do bem jurídico é um requisito da tipicidade penal, mas não pertence à tipicidade legal, apenas a limitando”. De tal modo, se “a norma tem sua razão de ser na tutela de um bem jurídico, não pode incluir em seu âmbito de proibição as condutas que não afetam o bem jurídico”. Consequentemente, “para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico”. No entanto, se “o bem jurídico não tenha sido atingido. Isto só pode ser estabelecido na tipicidade conglobante, ainda que, é justo reconhecer, se trate de casos excepcionais” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, 2018, p. 506).

Bottini entende que “o tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente, da produção de um resultado externo”. Destarte, “trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre em delitos de lesão ou perigo concreto” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz, 2007, p. 111).

Em suma, quando ocorre o deslocamento do injusto penal do resultado para a conduta, ocorre também a clara materialização da preocupação por parte do gestor de riscos, especificamente, com a prevenção e a necessidade de evitar comportamentos lesivos ao bem jurídico tutelado, como, por exemplo, a vida e a paz social da coletividade.

## 7 CRIMES DE PERIGO CONCRETO E CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Apesar de os crimes de perigo concreto não sofrerem a incidência do Direito Penal dos riscos, ao contrário do que ocorre com os crimes de perigo abstrato, é necessário algumas explicações acerca do tema (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 70).

Para Zaffaroni, a afetação do bem jurídico pode ocorrer através de dano ou lesão e de perigo. Ocorre o “dano ou lesão quando a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi realmente afetada, isto é, quando, efetivamente, impediu-se a disposição, seja de forma permanente (como ocorre no homicídio) ou transitória”. Nesse sentido, ocorrerá a afetação do bem jurídico por perigo quando a tipicidade requerer “apenas que essa relação tenha sido colocada em perigo. Estas duas formas de afetação dão lugar a uma classificação dos tipos penais em tipos de dano

e tipos de perigo” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, 2018, p. 506).

Desta feita, Claus Roxin entende que os crimes de “*peligro concreto requieren que em el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo*”, ou seja, que o bem jurídico tenha efetivamente entrado na esfera de atuação da conduta perigosa, exigindo um duplo juízo de verificação do perigo: um juízo de “*prognosis objetivo-posterior (por tanto, ex ante)*” e outro juízo em que “*ha de incluir todas las circunstancias conocidas ex post*” (ROXIN, Claus, 1997, p. 404).

Outrossim, Zaffaroni defende que os tipos de perigo têm causado sérios problemas interpretativos. O primeiro seria “determinar o perigo, concluindo-se hoje que somente pode ser valorado *ex-ante*, isto é, do ponto de vista de um observador situado no momento da realização da conduta, e não *ex-post*, isto é, no momento de julgá-la”. O doutrinador argentino entende que “o perigo surge sempre de uma incerteza, e, posteriormente à conduta, geralmente já não há incerteza” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, 2018, p. 506).

Corcoy Bidaloso argumenta que o maior problema no cerne da concepção dos crimes de perigo concreto envolve a temática a despeito da prova da existência de um resultado perigoso que acarrete sua imputação. A doutrinadora catalã entende ser impossível falar-se na efetividade do perigo, já que a lesão ao bem jurídico tutelado não foi produzida. Destarte, não será imputável um resultado material tendo como fundamento uma perspectiva *ex post* quando for possível demonstrar que a lesão não ocorreu em decorrência do controle de riscos realizado pelo próprio autor da conduta (BIDASOLO, Mirentxu Corcoy, 2007, p. 97-98).

Por outro lado, Zaffaroni entende que se fez necessária “a distinção entre tipos de perigo abstrato e tipos de perigo concreto”, na medida em que “o perigo concreto foi entendido como um verdadeiro perigo e o abstrato como uma simples possibilidade”. Para o autor, a mesma interpretação seria inadmissível, já que com ela o chamado perigo abstrato seria um “perigo de perigo”, o que, no caso de tentativa, ensejaria a consequência de requerer um “perigo de perigo de perigo”. Na verdade, “não há tipos de perigo concreto e de perigo abstrato – ao menos em sentido estrito –, mas apenas tipos em que se exige a prova efetiva do perigo submetido ao bem jurídico, enquanto noutros há uma inversão do ônus da prova”, visto que “o perigo é presumido com a realização da conduta, até que o contrário não seja provado, circunstância cuja prova cabe ao acusado”. Por fim, o jurista argentino defende que esta classificação possui

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

maior relevância processual do que penal “de fundo” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, 2018, p. 506-507).

Roxin alude que na atual fase da realidade social repleta de situações que necessitam de uma intervenção penal antecipada com o objetivo de que, realmente, sejam resguardados os interesses vitais dignos de uma tutela penal legítima, acaba por incentivar a adoção de crimes de perigo abstrato não havendo qualquer problema de convivência entre a teoria do bem jurídico penal e os crimes de perigo abstrato. Em suma, o jurista alemão propõe que “*las múltiples precisiones necesarias en el ámbito de los delitos de peligro abstracto y la punición de los actos preparatorios precisan de una análisis específico*” (ROXIN, Claus, 1997, p. 443-454).

Para Corcoy Bidasolo, a legitimidade da atuação incriminadora do legislador penal deve vincular-se aos limites axiológicos presentes nos “*postulados del Estado de derecho, en particular, el principio de intervención mínima y ultima ratio del derecho penal*”, respeitando o princípio da Dignidade Humana (BIDASOLO, Mirentxu Corcoy, 2003, p. 37).

Segundo Roxin, a moderna concepção dos crimes de perigo abstrato deve-se a dois doutrinadores alemães: Horn e Brehm, uma vez que arquitetaram a ideia de que seria a partir da vinculação indissociável da punibilidade de uma infração que se exige um dever de cuidado esperado. Assim, quando este dever não ocorrer surge o perigo da ocorrência de um resultado que se pretendia evitar, de tal modo, os crimes de perigo abstrato representariam tipos penais de imprudência, sem, necessariamente, terem consequências concretas (ROXIN, Claus, 1997, p. 408).

Roxin entende que os crimes de perigo abstrato são legítimos, desde que o valor da ação indicada vise à proteção de bens jurídicos, ou seja, somente nos casos em que a conduta perigosa proibida estiver expressamente prevista no tipo penal, de modo que concomitantemente seja nítida a referência ao objeto tutelado pelo legislador (ROXIN, Claus, 1997, p. 60).

Já Günther Jakobs, em sentido contrário, entende que os delitos de perigo abstrato estão colocados em sentido semelhante aos delitos de desobediência, fazendo com que o sujeito comporte-se de acordo com o preceito legal, mesmo que no caso concreto esteja descartada a situação de perigo (JAKOBS, Günther, 1997, p. 210-212).

Por sua vez, Luis Greco entende que os crimes de perigo abstrato não podem partir de fórmulas mágicas ou soluções globais, isso soaria temerária a diferenciação entre perigo abstrato legítimo e perigo abstrato ilegítimo. De tal forma, entende que é preciso formular critérios de distin-

ção um pouco mais complexos do que uma postura baseada na aceitação global ou na rejeição total dos crimes de perigo abstrato (GRECO, Luís, 2004, p. 89-147).

De acordo com Hirsch e Wohlers, os crimes de perigo abstrato não constituem uma tipologia homogênea, mas sim um conjunto heterogêneo de tipos penais potencialmente distintos (HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang, 2007, p. 285-308). Os referidos autores criaram três categorias para a classificação dos crimes de perigo abstrato: a primeira categoria é composta pelos delitos preparatórios, quando ocorre a criminalização de “condutas mesmo sendo consideradas em si inócuas” podendo servir de “base para lesão a bens jurídicos”, a exemplo do crime de associação criminosa (art. 288 CP); a segunda é composta pelos delitos cumulativos, nesta categoria é “considerado penalmente relevante pelo legislador, mesmo que individualmente não sejam consideradas relevantes penalmente”, já que a repetição é capaz provocar consequências incontrolláveis, a exemplo do crime de curandeirismo (art. 284. CP); a terceira e, última classificação, refere-se aos delitos de ação concretamente perigosa, ou seja, “são os tipos que proíbem uma ação que levará a uma situação não mais controlável pelo agente e, portanto, perigosa para o bem jurídico”, a exemplo do crime de corrupção ou poluição de água potável - art. 271 CP - (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 90-94).

Assim, a situação na qual “um motorista com uma quantidade de álcool superior ao limite permitido por lei, mesmo que tal condutor seja extremamente capaz de guiar o veículo sem acarretar riscos”, enquadra-se no “homem parâmetro” defendido por Hirsch e Wohlers. Como “*se trata de peligros para la vida y la integridad física de terceros*” e não é evidente que interesses devam ser reconhecidos, tendo em conta a compreensão normativa da sociedade, como sendo de um valor menor comparado com a “*ejecución de tales conductas peligrosas, no puede dudar se de la legitimidad de los tipo penales correspondientes*” (HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang, 2007, p. 307-308).

Seguindo a lição de Hirsch e Wohlers, é possível observar que o legislador deve atentar-se à existência concomitante e cumulativa de três requisitos acerca da criminalização de ações de perigo concreto, são elas: a criação de um dano relevante ao bem jurídico tutelado; a relevância deste bem jurídico tutelado na esfera individual e social; por fim, a transindividualidade dos riscos criados pelo comportamento criminoso (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 94-96).

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

Nesta esfera, é necessário registrar a lição de Silva Sánchez ao lecionar sobre *“el conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (convertido en un indeseable soft law) y un Derecho penal mínimo y rígido - seguramente imposible - debe hallar así una solución en el «punto medio» de la configuración dualista”*. Com efeito, a sociedade atual não parece estar disposta a admitir a existência de um *“Derecho penal orientado al paradigma del «Derecho penal mínimo»*. *Pero ello no significa que la situación nos aboque a un modelo de Derecho penal máximo”*. Consequentemente, *“la función racionalizadora del Estado sobre la demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado, funcional y, por otro lado, suficientemente garantista”* (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, 2001, p. 41-42).

Os tipos penais de perigo abstrato multiplicaram-se com a finalidade de “apaziguar a população e demonstrar socialmente a capacidade de reação do Estado frente aos novos riscos”. Todavia, “não se pode considerar legítima a tipificação de condutas que não se mostrem aptas, ao menos, potencialmente, a lesionar ou colocar em perigo bens jurídicos” (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 97).

Contudo, torna-se imprescindível uma abordagem acerca aferição da licitude do fenômeno da expansão do Direito Penal em relação ao Estado Democrático de Direito, à luz de seus direitos e garantias fundamentais.

## 8 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Conforme consta no primeiro artigo do texto constitucional de 1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1988).

Consequentemente, “os direitos fundamentais, constituem-se na própria razão do Estado Democrático de Direito” (STRECK, Lenio Luiz, 2018, p. 496-497). No entanto, é através do Estado Democrático de Direito que o próprio direito assume o papel de protagonista, responsável pelo paradigma necessário a assegurar os próprios direitos fundamentais que constam na carta maior. (STRECK, Lenio Luiz, 2018, p. 368).

Não obstante, é mister apontar que o Estado Democrático de Direito deverá atuar dentro de seus limites buscando seus fins primordiais, dentre os quais assume protagonismo a proteção e a promoção da digni-

dade humana, inerentes a todas as pessoas. De tal modo, no Estado Democrático de Direito deve ser observada a devida aplicação do princípio da proporcionalidade em “sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio”, sendo necessárias para que ocorra a “sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático – e proporcional - de Direito)” (SARLET, Ingo Wolfgang, 2006, p. 191).

Sobre o assunto, é mandatário apresentar o entendimento apresentado pelo autor catalão Santiago Mir Puig, segundo o qual a norma penal apenas poderá operar quando ocorrer violação dos bens jurídicos fundamentais. Desta forma, “*un derecho penal ajustado a la trilogía representada por la expresión Estado social y democrático de Derecho*” deve atender a três requisitos aptos a assegurar tanto o Estado de Direito, quanto o Estado Social, e, por fim, o Estado Democrático. Consequentemente, “*la idea de Estado de Derecho, garantía de límites liberales, postula la primera consecuencia: prohibición de la analogía en la aplicación de la ley*”. Já “*el Estado social impone concebir el derecho penal como instrumento activo de lucha eficaz contra el delito*”. Ao final, “*el Estado democrático, como Estado al servicio del hombre concreto, socialmente situado y condicionado, lleva a erigir como principio metodológico central la imagen de ese hombre concreto*” (PUIG, Santiago Mir, 2003, p. 291).

Ainda, no cerne da expansão do Direito penal, Silva Sánchez, em alusão ao enfrentamento da macrocriminalidade, ensina que somente argumentos firmes mantenedores das “*garantías político-criminales del Estado de Derecho y las reglas clásicas de imputación*” seriam capazes de frear a maior medida da expansão do Direito Penal. Todavia, o autor espanhol deixa claro que a tendência não aponta em tal sentido, uma vez que, ao menos em certos casos, é preciso modificar as regras do jogo em razão da “*limitada capacidad del Derecho penal clásico de base liberal (con sus principios de taxatividad, imputación individual, presunción de inocencia, etc.) para combatir fenómenos de macrocriminalidad*” (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva, 2001, p. 72-73). Em resumo, o autor espanhol entende que o Direito Penal clássico de base liberal possui limitações que não possibilitam um embate à macrocriminalidade. Assim, justifica a expansão do Direito Penal como sendo necessária para o enfrentamento desse tipo de criminalidade.

No entanto, o papel do “Direito Penal próprio de um Estado Democrático de Direito” deve ficar adstrito à “proteção de bens jurídicos necessários à dignidade da pessoa humana” pugnando, “inclusive, pela ve-

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

dação da proteção deficiente e, também, pela impossibilidade de excesso”. Deste modo, o papel do Direito Penal deve ser subsidiário, sendo acionado em *ultima ratio* para fins de manutenção da dignidade humana. Tanto os crimes de perigo abstrato, quanto à tutela dos bens jurídicos transindividuais estão de acordo com a dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito (ROMA, Rodrigo da Silva, 2017, p. 97).

Outrossim, “*el Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad*”, de modo que possa atuar tutelando a prevenção “*de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos*”, na medida em que “*los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático)*”. Assim, “*un tal Derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad*” (PUIG, Santiago Mir, 1994, p. 37).

Portanto, a expansão do Direito Penal, calcada tanto nos crimes de perigo abstrato, quanto nos bens jurídicos transindividuais, é lícita, posto que não viola, de forma alguma, direitos e garantias fundamentais à luz de um Estado Democrático de Direito. Entretanto, afigura-se necessária a observância da utilização desses novos instrumentos com a devida parcimônia em atenção ao princípio da proporcionalidade, para que, concomitantemente, ocorra a tutela da dignidade da pessoa humana e não viole direitos e garantias fundamentais inerentes ao próprio Estado Democrático de Direito.

## 9 CONCLUSÃO

Primeiramente, conclui-se que a sociedade pós-industrial é uma sociedade de riscos caracterizada por uma insegurança decorrente do próprio desenvolvimento social, uma vez que diante do cenário apresentado por um mundo globalizado no qual é fomentada a institucionalização da insegurança, ensejando na adoção, por parte do Estado, de medidas que possam propiciar uma sensação de segurança à sociedade.

Notavelmente, é fato que a sociedade de risco continua sem conseguir lidar com o problema da miséria, da pobreza e da exclusão social, principalmente, nos países periféricos, na medida em que a problemática da desigualdade social equivale a uma desigualdade na exposição aos riscos, a exemplo dos desastres naturais ocorridos nos últimos anos. Desta

forma, o Direito Penal não pode imiscuir-se de sua missão essencial de proteção aos bens jurídicos, mantendo, assim, a qualidade mínima necessária para a existência e desenvolvimento da vida em sociedade.

No tocante aos crimes de perigo, é possível concluir que eles não exigem que ocorra um resultado naturalístico no mundo exterior, ou seja, não exigem alteração material para que sejam consumados, bastando, para a sua incidência uma simples probabilidade de dano/perigo, residindo, aqui, o dano potencial.

As mudanças que a sociedade de risco acarretam ao Direito Penal ensejam em novas perspectivas de relacionamentos interpessoais através da adoção de novas tecnologias. O conhecimento do Direito Penal e, principalmente, de seus novos limites acerca da proteção dos bens jurídicos, aqui incluo os tradicionais e os transindividuais, é tarefa que precisa ser aperfeiçoada, sem que ocorra supressão do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana à luz do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, cabe ao Direito Penal o dever de tutelar os bens jurídicos necessários à preservação da dignidade humana, pugnano pela observância da proibição da proteção deficiente e da vedação do excesso de modo que sejam os pilares da expansão do direito penal através da devida aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

Por fim, conclui-se que o fenômeno da expansão do Direito Penal é lícito, pois não viola os direitos e garantias fundamentais cogentes de um Estado Democrático de Direito, sendo, notadamente, necessário para o enfrentamento das novas formas de criminalidade, como, por exemplo, a macrocriminalidade na qual está inserida a criminalidade organizada.

Do contrário, teríamos um completo engessamento do *ius puniendi* que ficaria abraçado à limitada capacidade do Direito Penal clássico em combater as novas formas de criminalidade, resultando, *de per si*, em uma impunidade desenfreada, o que deve ser veementemente evitado através da expansão do direito penal.

## 10 REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1998.



## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

BECK, Ulrich. *Living in the word risk society. Economy and Society*. Volume 35. Londres, Inglaterra: Routledge, Taylor & Francis Group, 2006.

BERSTEIN, Peter. *Against the gods: The remarkable history of risk*. Nova York, EUA: John Willey & Sons Inc., 1996.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Algunas cuestiones sobre el injusto típico em los delitos de peligro*. Numero 2. Revista de Derecho Penal de Instituto de Ciencias Penales. Buenos Aires, Argentina: Instituto de Ciencias Penales, 2007.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos*. *Revista Catalana de Deguretat Pública*, 13v., 2003.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Limites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*. IN: MARTÍN, Victor Gomez (coord.). *La Política Criminal em Europa*. Barcelona, Espanha: Atelier Penal, [199-].

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Volume I*. 14<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução da Sociedade de Risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1967.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 16 dez. 2020.

DE GIORGI, Raffaele. *O risco na sociedade contemporânea*. Tradução Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Droboxski. Revista Sequência. 28 v. Florianópolis: Editora Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

FRANCO, Alberto Silva. **Prefácio à 1.<sup>a</sup> Edição.** In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral. 12<sup>a</sup> Edição, revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

GRECO, Luís. **Princípio da Ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 49, v. 12, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Unesp, 1991.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. **Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los critérios de una imputación injusta.** In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático.* Madrid, Espanha: Marical Pons, 2007.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General.** 2<sup>a</sup> Ed., Madrid, Espanha: Marcia Pons, 1997.

MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência.** Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

PUIG, Santiago Mir. **El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho.** Barcelona, Espanha: Editorial Ariel, S. A., 1994.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal.** 2. Ed. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L., 2003.

ROMA, Rodrigo da Silva. **Sociedade de risco e bens jurídico-penais transindividuais: argumentos favoráveis à legitimação no contexto social complexo.** Rio de Janeiro: Gramma Livraria e Editora, 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría Del Delito.** 2<sup>a</sup> Ed. Tradução Diego Manuel Lu-

## GARANTIAS PROCESSUAIS DOS BENS PÚBLICOS INDISPONÍVEIS

zón-Peña, Miguel Diaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Espanha: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?* In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, Espanha: Marcial Pons, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales.* Madrid, Espanha: Civitas Ediciones, S.L., 2001.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal – Parte Geral.** 2ª Ed. Curitiba: ICPC Editora e Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência.** (Revista Opinião Jurídica, n. 07, 2006). Fortaleza: Faculdade Christus, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal do Perigo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** 5. Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral.** 12ª Edição, revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.





**DIALÉTICA**  
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia  
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma  
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"  
(Lao Tze)