

O direito ao sossego: uma alternativa ao falso bem jurídico "sentimento"

The right to quietness: an alternative to the false legal good "sentiment"

Artigo recebido em 29/02/2024 e aprovado em 28/03/2024.

Túlio Vianna

Professor de direito penal na Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestre em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Realizou pesquisa pós-doutoral na Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Advogado criminalista.

Lucas Miranda

Professor de direito penal na Faminas. Doutorando e mestre em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Realizou estância de pesquisa na Humboldt-Universität zu Berlin. Advogado criminalista.

Resumo

No presente artigo procuramos fundamentar o reconhecimento do sossego como bem jurídico passível de tutela penal em um Estado liberal. A partir da ideia de que sentimentos não podem ser considerados bens jurídicos, desenvolvemos uma alternativa para a criminalização de condutas como a ameaça (art. 147 do CPB), a partir da capacidade que esses atos têm de impedir a decisão da vítima quanto à alocação de sua atenção. Defendemos que o argumento de que a ameaça é criminalizada por ocasionar uma restrição à liberdade é excessivamente empírico e não engloba situações como da ameaça simples. Desse modo, o referencial do sossego nos parece mais adequado para justificar a tipificação. Por fim, demonstramos que a verificação da lesividade a esse bem jurídico está condicionada ao binômio *expectativa de sossego e intensidade da agressão*. Condutas que atingem as vítimas em determinados locais e horários em que há maior expectativa de sossego apresentam grau de lesividade mais alto que aquelas que os atingem em locais em que se espera a interrupção da atenção. De igual maneira, condutas repetitivas ou prolongadas atingem a capacidade de alocação da atenção de forma mais intensa que meras importunações pontuais.

Palavras-chaves: ameaça; bem jurídico; perturbação do sossego alheio; sentimento coletivo; sentimento pessoal.

Abstract

In this article we seek to substantiate the recognition of quietness as a legal good that can be criminally protected in a liberal state. Based on the idea that feelings cannot be considered legal goods, we develop an alternative for the criminalization of conduct such as threats (art. 147 of the Brazilian Criminal Code), based on the ability of these acts to prevent the victim from deciding how to allocate their attention. We argue that the argument that threats are criminalized because they cause a restriction on freedom is excessively empirical and does not encompass situations such as simple threats. In this way, we feel that the reference of quietness is more appropriate to justify criminalization. Finally, we have shown that the verification of harm to this legal asset is conditioned by the binomial expectation of quietness and the intensity of the aggression. Behaviors that affect victims in certain places and at times when there is a greater expectation of quietness have a higher degree of harmfulness than those that affect them in places where attention is expected to be interrupted. Similarly, repetitive or prolonged behaviors affects the ability to allocate attention more intensely than mere occasional harassment.

Keywords: threat; legal good; disturbance; collective feeling; personal feeling.

1 Introdução

O professor Luís Greco, homenageado nessa obra, é coautor e responsável pela atualização de um dos mais importantes livros de direito penal da nossa geração. A partir de 2020, o reconhecido livro de capa verde de Claus Roxin passou não só a contar com o nome de um brasileiro em sua capa, também com as reflexões do novo autor – que, arriscamos dizer, o direcionaram a uma linha de pensamento mais liberal. A partir das contribuições de Greco, algumas ideias desenvolvidas por Roxin foram modificadas e novos caminhos para a investigação dogmática foram abertos. Um desses caminhos é a ideia de que *o sentimento não pode ser considerado um bem jurídico para o direito penal*.

No presente trabalho, procuraremos concretizar essa ideia, buscando modificar os referenciais de criminalização do tipo penal de ameaça. Para isso, desenvolveremos o argumento de que algumas condutas são passíveis de punição não em razão do sentimento de medo que ocasionam em suas vítimas, mas em razão da ofensa a um bem jurídico até então pouco explorado pela doutrina: o *sossego*. Indicaremos que o sossego é um bem jurídico individual passível de tutela penal em uma sociedade democrática – e que sua lesão pode ser percebida a partir do binômio *expectativa de sossego e intensidade da agressão*.

2 Sentimentos como bens jurídicos tutelados pelo direito penal

No Brasil, a ideia de proteção a sentimentos por meio do direito penal não costuma ser questionada pela doutrina majoritária. O Código Penal Brasileiro (adiante, CPB) prevê até mesmo um título para os crimes contra o sentimento religioso – e a maior parte da doutrina indica o sentimento dos fiéis como justificativa para a criminalização das condutas ali descritas (cf. Hungria, 1981, p. 53; Jesus, 2020, p. 102; Bitencourt, 2012, p. 1112; Prado, 2019, p. 834).¹ O ato de vilipendiar em público uma imagem considerada sagrada por determinada religião, por exemplo, é considerado passível de pena sob o fundamento de que ocasiona um sentimento de revolta nos adeptos da religião.²

Na tradição jurídica anglo-saxã, a concepção de que sentimentos podem ser utilizados como referências de criminalizações encontra-se amparada no princípio da ofensa. No segundo volume da obra *The Moral Limits of Criminal Law*, Joel Feinberg procura elaborar um critério para criminalização de condutas capazes de causar sentimentos como medo, ansiedade, aversão, repulsa, vergonha, humilhação e nojo (Feinberg, 1985, p. 1). Utilizando o conhecido exemplo da viagem de ônibus, o autor norte-americano coloca seu leitor perante diversas situações desagradáveis – como viajar ao lado de outros passageiros ouvindo música em altíssimo volume, realizando atos sexuais em público, ostentando símbolos nazistas etc. – e pergunta se não seria necessário que o ordenamento jurídico utilizasse normas penais para evitar que se presenciasse tais eventos (Feinberg, 1985, p. 10).

De acordo com o Feinberg (1985, p. 25), apesar dos sentimentos decorrentes de tais condutas não configurarem um dano nos termos da teoria do *harm principle*³, eles configurariam uma ofensa capaz de constituir um referencial para a criminalização. Especialmente interessante é a defesa de que o motivo pelo qual tais sentimentos surgem não é relevante para sua definição como uma ofensa – assim como os motivos pelos quais um ataque cardíaco ocorre não são relevantes para sua configuração como um dano (Feinberg, 1985, p. 36). De acordo com o autor, a criminalização estaria sujeita a um balanceamento entre a gravidade da ofensa e a razoabilidade da conduta, mas não à análise do motivo pelo qual os cidadãos se sentem ofendidos⁴ (Feinberg, 1985, p. 35).

¹ Na doutrina espanhola (cf. Santacana, 2019, p. 298). No que diz respeito ao sentimento de pudor (Zaffaroni; Pierangeli, 2015, p. 418).

² Quanto à interpretação desses crimes sem o referencial do sentimento (cf. Vianna; Miranda, 2020, p. 205 e ss).

³ Sobre a teoria do *harm principle* (cf. Mill, 2017; Feinberg, 1984).

⁴ Uma crítica à orientação psicológica da teoria da ofensa de Feinberg (*apud* Hörmle, 2001, p. 261; Hirsch, 2000, p. 83; Hirsch; Simester, 2006, p. 119; Badaró, 2023, p. 259).

A doutrina penal alemã também não costuma apresentar grandes dificuldades quanto ao reconhecimento do sentimento como fundamento para uma criminalização.⁵ Na célebre segunda edição de seu Manual de Direito Penal⁶, Claus Roxin (1997, p. 57) afirma que alguns sentimentos devem ser considerados bens jurídicos passíveis de tutela pelo direito penal. De acordo com o autor, quem desonra publicamente a confissão religiosa de alguém, subtrai restos cadavéricos ou realiza ações sexuais em público poderia sofrer uma sanção penal em razão da “indignação que esses atos provocam no afetado ou na comunidade” (Roxin, 1997, p. 57, tradução nossa). Desse modo, essas criminalizações seriam legítimas pelo sentimento de revolta, indignação ou repulsa que causariam nos cidadãos.

Os problemas decorrentes do reconhecimento de sentimentos como critérios de criminalização foram apresentados pelo professor homenageado em um estudo que já pode ser considerado um clássico da doutrina penal brasileira. Ao analisar o delito de maus-tratos aos animais (entre nós, previsto no art. 32 da Lei 9.605/1998), Luís Greco apresenta o caso de um indivíduo que apanha seu próprio cão, submete-o a sessões de agressão severa e, depois, o deixa agonizando até a sua morte. Partindo da concepção de que bens jurídicos são “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem democrática”, Greco (2004, p. 107-108) defende que teoria do bem jurídico não conseguiria justificar a criminalização dessa conduta. De forma clara, argumenta que “causar horríveis sofrimentos a um cão não afeta de modo algum qualquer esfera individual. E tampouco se pode dizer que esse comportamento fira bens jurídicos da coletividade”.

Nesse ponto, Luís Greco (2004, p. 108) indica que poderíamos pensar que a revolta que sentimos diante de tal comportamento seria suficiente para a constituição de um bem jurídico – que poderia ser definido como o *sentimento de solidariedade* para com certos animais superiores. No entanto, esse entendimento causaria um problema ainda maior que aquele que procura solucionar. A partir do momento em que sentimento de revolta pela prática de dado comportamento serve de base para legitimar a sua punição, seria possível criminalizar qualquer conduta considerada imoral pela maioria da população.⁷ Até mesmo a homossexualidade poderia ser considerada crime, uma vez que muitas pessoas manifestam repulsa diante da demonstração de afeto entre pessoas do mesmo sexo (Greco, 2004, p. 108).

Portanto, o reconhecimento de sentimentos como referenciais de criminalização diluiria os esforços da teoria do bem jurídico para colocar-se como filtro ao legislador. Se buscamos um conceito político-criminal de bem jurídico – que tenha como função limitar o poder de criminalização e não apenas identificar o interesse protegido pela norma⁸ – então, os sentimentos dos cidadãos não podem ser considerados referenciais idôneos para justificar uma criminalização. Doutro modo, qualquer argumento quanto à ilegitimidade de um tipo penal poderia ser respondido com referência ao sentimento de aversão ou repulsa que a prática da conduta causa em determinado grupo de pessoas. Isso, sem dúvida, converteria o direito penal em instrumento de imposição da moral dominante.⁹

Em trabalho mais recente sobre o tema, Roxin (2018, p. 22) parece ter modificado seu entendimento, indicando que somente sentimentos de *ameaça* poderiam ser considerados bens jurídicos. Desse modo, afirma que quando o legislador sanciona com pena a discriminação ou os atos exibicionistas, fundamenta-se no fato de que tais comportamentos podem ocasionar receio da ocorrência de futuros danos ou lesões. Por esse motivo, tais atos poderiam ser criminalizados com a finalidade de assegurar que os cidadãos possam viver suas vidas livres do

⁵ Parte da doutrina alemã não reconhece a possibilidade de que sentimentos configurem bens jurídicos, mas admite a existência de *delitos de comportamento*. Esses seriam crimes que não lesionam bens jurídicos, mas seriam legítimos por desrespeitarem tabus culturais arraigados na sociedade. (cf. Hefendehl, 2002, p. 12; Stratenwerth, 2016a, p. 360; Stratenwerth, 2016b, p. 147). Sobre a relação do princípio da ofensa com os delitos de comportamento (cf. Wohlers, 2016, p. 393 e ss; Wohlers, 2014, p. 297 e ss).

⁶ A obra é especialmente difundida no Brasil por ser a única edição com tradução para o espanhol. A quinta edição, primeira em coautoria com o professor homenageado, encontra-se em processo de tradução para o português e deve ser lançada ainda no ano de 2024.

⁷ Em sentido um pouco diverso, mas, também, defendendo a impossibilidade de utilização de sentimentos como critérios de criminalização (cf. Amelung, 2016, p. 243).

⁸ Quanto à diferença entre o conceito dogmático e o conceito político-criminal de bem jurídico (cf. Greco, 2004, p. 92 e ss; Greco, 2007, p. 252 e ss).

⁹ Quanto as diferenças entre direito e moral (cf. Mill, 2017; Hart, 1958; Rawls, 1977). Especificamente no direito penal (cf. Greco, 2015, p. 96 e ss; Ferrajoli, 2014, p. 204 e ss). No que diz respeito à impossibilidade de reconhecimento de imoralidades como bens jurídicos (cf. Greco, 2011, p. 443).

sentimento de medo. Qualquer proposta de criminalização que vá além desse sentimento seria ilegítima, uma vez que nas sociedades multiculturais a tolerância frente a concepções de mundo contrárias à de um determinado cidadão é também uma condição de existência da sociedade.

Apesar da modificação de posicionamento, ainda há no pensamento de Roxin um sentimento capaz de legitimar criminalizações. Desse modo, as críticas de Greco, quanto aos sentimentos enfraquecerem a teoria do bem jurídico, continuam vivas. Um leitor poderia suscitar a questão quanto à existência de um critério que diferencie o sentimento de medo – considerado legítimo para a criminalização – daqueles de aversão, revolta ou repulsa – considerados ilegítimos. Se o referencial para a criminalização é psicológico-pessoal, então qual seria o motivo para classificar o sentimento de medo como mais relevante que o sentimento de aversão? Na realidade, a depender do indivíduo e da situação, este último se manifesta de forma mais intensa que o primeiro. Talvez um indivíduo prefira andar em um transporte público com medo de ter sua carteira furtada que se deparar com atos que julgue excessivamente aversivos.

Diante disso, na quinta edição do Manual de Direito Penal de Roxin (Greco, 2020, p. 37), agora em coautoria com o professor homenageado, esse ponto foi modificado novamente. Os autores apresentam o problema e apontam que nas edições anteriores do livro defendeu-se a possibilidade de o sentimento de medo ser considerado um bem jurídico. A justificativa para esse reconhecimento, como visto acima, é que algumas condutas ocasionam receio da ocorrência de atos lesivos futuros – e a coexistência pacífica em sociedade pressupõe que os cidadãos vivam sem receios de ser lesionados ou discriminados. Nessa edição, no entanto, os autores indicam que o fundamento é correto, mas “não é o sentimento que constitui a principal razão para a punição, e sim o prejuízo associado à coexistência pacífica e livre” (Roxin; Greco, 2020, p. 37, tradução nossa).

De acordo com os autores, “uma diminuição do sentimento de segurança anda regularmente de mãos dadas com, pelo menos, uma diminuição da liberdade de formação e de exercício da vontade: quem tem de se preocupar com a sua segurança abstém-se de uma série de atividades que poderia realizar sem preocupações” (Roxin; Greco, 2020, p. 37, tradução nossa). Desse modo, passa a ser possível a criminalização de condutas que causam medo sem referência ao sentimento.¹⁰ O fundamento da criminalização não estaria no fato de que elas ocasionam o medo em si, mas no fato de que, ao se depararem com determinadas condutas, os cidadãos teriam a sua liberdade restringida. Desse modo, por exemplo, ao analisar os crimes de atos exibicionistas (§ 183 do Código Penal alemão, adiante StGB), os autores indicam que o fundamento da criminalização não estaria no sentimento de pudor da sociedade ou na proteção de determinados *tabus* socialmente arraigados, mas no fato de que esses atos podem suscitar receio de agressão sexual nas pessoas que os presenciam (Roxin; Greco, 2020, p. 38). Desse modo, os atos exibicionistas restringiriam a liberdade dos cidadãos que passariam a deixar de frequentar determinados locais pelo risco de se tornarem vítimas de crimes sexuais.¹¹

Portanto, os autores procuram resolver o problema dos sentimentos como bens jurídicos a partir da referência à uma restrição na *liberdade individual*. A despeito de não ser mencionada diretamente, a ideia de referência à liberdade individual como alternativa aos sentimentos também se aplica a outros tipos penais. Nesse ponto, Tatjana Hörnle (2016, p. 384), por exemplo, indica que no crime de ameaça de cometimento de crime (§ 126 do StGB), não há necessidade de referência a um sentimento de medo, uma vez que esse delito configura uma efetiva restrição

¹⁰ De acordo com os autores, “a invocação de sentimentos, incluindo o sentimento de segurança, pode, por si só, ser omitida, pois é óbvio que ninguém deve ser preso pelo simples facto de ter ferido os sentimentos de outrem” (Roxin; Greco, 2020, p. 37, tradução nossa).

¹¹ Além do aspecto da liberdade de frequentar determinados locais, os autores também indicam restrições à liberdade de determinação da vontade. No crime de causar incômodo público por meio da realização de atos sexuais (§ 183a do StGB), por exemplo, os autores indicam que o aspeto decisivo da criminalização não tem a ver com a proteção dos sentimentos, mas com a ideia de *proteção contra o confronto*. Segundo eles, “a pessoa a quem se impõem atos sexuais é prejudicada na sua liberdade de não ser confrontada involuntariamente com estímulos que se situam no plano acional do físico ou libidinal (a chamada proteção contra o confronto)”. Nesse sentido, Luís Greco (2023, p. 197) indica que o direito à autodeterminação sexual deve respeitar a decisão do indivíduo em favor da castidade ou da abstinência sexual. Partindo da premissa de que a sexualidade possui um caráter instintivo e, por isso, em grande parte incontrolável, o autor defende que a confrontação com atos sexuais obriga o cidadão a encarar suas próprias pulsões. Desse modo, a autodeterminação sexual compreenderia o direito do indivíduo de escolher se quer colocar-se em tal posição de confrontação com seus instintos (Greco, 2023, p. 209).

à liberdade individual dos cidadãos.¹² Segundo ela, perante uma ameaça, os cidadãos sensatos irão levar a sério o perigo e deixar de utilizar determinados meios de transportes ou frequentar determinados lugares (Hörnle, 2016, p. 384). Desse modo, ainda que a ameaça não apresente um perigo real, ela tem a capacidade de limitar a liberdade dos indivíduos ameaçados de decidirem como levarão sua vida (Hörnle, 2016, p. 384).

Desse modo, a despeito da correta premissa de que sentimentos não podem, em nenhuma hipótese, serem utilizados como referenciais de criminalização, parece-nos que a solução de que determinadas condutas podem ser criminalizadas pela restrição da liberdade das vítimas merece uma análise mais detida. Não há qualquer objeção quanto ao fato de a liberdade ser um bem jurídico merecedor de tutela penal. Ocorre que a referência à restrição da liberdade, em alguns casos, parece depender de uma análise excessivamente empírica – e que passa pela esfera de autodeterminação da vítima. A título de exemplo, analisemos o caso da ameaça de cometimento de crimes indicada por Hörnle. Tomaremos a liberdade de deixar sem resposta a questão dos atos exibicionistas, pois achamos que, nesse caso, existe um argumento adicional para a criminalização – que, pelo restrito espaço que dispomos, não poderá ser objeto de análise.¹³

No que diz respeito à ameaça de prática de crimes, no entanto, pensemos no exemplo de uma mulher que costuma realizar atividades físicas na praça de seu bairro todos os dias e, em razão de uma ameaça de morte cometida por um ex-namorado, deixa de praticá-las, por medo. Não há dúvida que o ato do ex-namorado restringiu a liberdade de exercício da vontade da mulher. No entanto, essa mesma mulher poderia deixar de frequentar a praça por lá encontrar frequentemente um grupo de ativistas que lhe interrompem o exercício físico para apresentar projetos sociais e pedir doações. Nesse caso, o ato dos ativistas também seria capaz de restringir a liberdade da mulher – apesar de ninguém sustentar a criminalização da conduta dos ativistas.

Por outro lado, ameaças simples que não tenham relação com violência física provavelmente não restringiriam a liberdade de formação ou o exercício da vontade de uma vítima.¹⁴ Pensemos no mesmo caso da mulher, mas, dessa vez, o ex-namorado ameaça divulgar na *internet* vídeos dos dois em momentos íntimos. Ao que tudo indica, essa conduta não a faria deixar de praticar esportes na praça ou frequentar qualquer local – ao menos antes da divulgação. O fato de a vítima sair ou permanecer em casa não tem qualquer relação com o cumprimento da ameaça. Especialmente se se tratar de uma ameaça simples – em que o ex-namorado não faça qualquer pedido para não cometer o crime –, não parece haver qualquer restrição na liberdade de locomoção ou de formação e exercício da vontade da vítima. A despeito disso, nos parece que essa conduta precisaria continuar sendo objeto de reprimenda penal.

Portanto, o problema que vemos na solução apresentada pelos autores recai no fato de a lesão à liberdade depender excessivamente da situação fática. Desse modo, acreditamos que não é exatamente o fato de que uma determinada pessoa deixe de frequentar um local que justifica a criminalização. Uma proposta de justificação desses crimes, a nosso sentir, necessita do reconhecimento de um bem jurídico mais concreto, cuja lesão possa ser determinada de maneira independente das circunstâncias do caso concreto.

3 O sossego como bem jurídico

Acreditamos encontrar uma justificativa para algumas criminalizações que comumente fazem referência ao sentimento das vítimas no reconhecimento de um bem jurídico pouco explorado na doutrina penal: o *sossego*. Seguramente, o reconhecimento desse bem jurídico não será capaz de solucionar todos os problemas relativos aos crimes que fazem referência a sentimentos. De todo modo, acreditamos que os crimes contra o sentimento

¹² No mesmo sentido, entre nós (cf. Bitencourt, 2015, p. 422; Souza, 2019, item 22.2).

¹³ A questão dos atos exibicionistas, a nosso sentir, apresenta um argumento adicional para a criminalização: o fato de que atos sexuais praticados em público poderem ser vistos por crianças. Para uma justificação liberal para a restrição do contato de crianças com atos sexuais de terceiros (cf. Greco, 2023, p. 202 e ss).

¹⁴ Nesse sentido, Helena Regina Lobo da Costa (2020, p. 548) indica que “se o agente apenas diz à vítima: ‘vou matar seu filho’ não há dúvida de que se trata de uma ameaça grave (tomando como pressuposta, no exemplo, a idoneidade), mas não necessariamente a vítima terá a sua liberdade de resolução atingida”.

religioso, os crimes de discriminação e os maus-tratos aos animais já foram analisados em outros trabalhos, para os quais remetemos o leitor.¹⁵ Nesta pesquisa, procuraremos analisar somente um caso em que comumente se indica o sentimento de *medo* como fundamento da criminalização: o crime de ameaça (art. 147 do CPB).

Partimos da ideia de que a criminalização desses atos não se fundamenta no sentimento que eles podem ocasionar na vítima – nem na eventual restrição da liberdade – mas na capacidade que têm de atormentar psicologicamente a vítima. Pesquisas na área de psicologia desenvolveram o conceito de *economia da atenção*.¹⁶ Esse conceito se baseia na ideia de que os seres humanos têm recursos cognitivos limitados. Quando esses recursos são utilizados para a realização de uma determinada tarefa, eles deixam de poder ser utilizados em outra. Desse modo, a atenção passa a ser pensada como um recurso finito¹⁷, necessário para realização de tarefas cotidianas. Como todo recurso limitado, o direito de usufruir da atenção passa necessariamente pela sua capacidade de alocação – ou seja, se o recurso não pode ser utilizado indistintamente, sua utilização depende da *decisão* quanto à sua destinação. Portanto, sendo a atenção um recurso fundamental para o desenvolver da vida, mas escasso, torna-se importante reconhecer o *direito individual de autodeterminação da atenção*. Esse direito pode ser definido como a capacidade de escolher em quais tarefas o indivíduo irá despender a sua atenção – e em quais não irá.¹⁸

A partir dessa ideia, reconhecemos no *sossego* um pressuposto para a realização da autodeterminação da atenção. *O sossego como bem jurídico deve ser entendido como a condição necessária para que uma pessoa possa definir e manter sua atenção em uma determinada tarefa por ela escolhida*. Desse modo, o sossego não é entendido aqui como mera inexistência de importunação, mas como uma condição necessária para a definição da alocação da atenção. Somente quando o indivíduo não é confrontado com ações excessivamente tormentosas ele tem a capacidade de ser senhor da sua própria atenção – determinando em qual tarefa irá alocá-la.

A ideia de um direito ao sossego parece ser reconhecida no ordenamento jurídico-penal. Atualmente, consideramos a perturbação ao sossego uma contravenção penal (art. 42 da Lei 3.688/1941). De acordo com ela, aquele que perturba o sossego alheio por meio de gritaria ou algazarra; exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; ou provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda, está sujeito à pena de prisão simples. A doutrina penal também parece reconhecer uma ideia próxima ao direito ao sossego quando trabalha questões ligadas à intimidade/privacidade. Nesse sentido, por exemplo, Paulo José da Costa Júnior (2004, p. 13) ao descrever o direito à intimidade o indica como o “direito de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e ouvidos ávidos”.

Desse modo, não nos parece uma novidade o reconhecimento do sossego como bem jurídico. Se os bens jurídicos são aqueles dados necessários para o desenvolvimento individual, e sendo o sossego um pressuposto necessário para a alocação da atenção, pode-se reconhecer nele um objeto de tutela penal em um Estado liberal. Condutas que sejam excessivamente tormentosas, capazes de impedir que um indivíduo deposite a sua atenção nas tarefas cotidianas que pretende realizar, são passíveis de criminalização, a partir da lesão ao bem jurídico *sossego*.

O reconhecimento desse bem jurídico é um primeiro passo para a criminalização de uma conduta. No entanto, como lembra o professor homenageado, ao tratarmos da questão do bem jurídico estamos diante da pergunta: *o que proteger?* Essa questão precisa ser complementada com uma segunda indagação, relacionada com a estrutura do delito, qual seja: *como proteger?* (Greco, 2004, p. 118). Nesse ponto, entendemos importante mencionar que não são todas as condutas que lesionam o sossego que podem ser criminalizadas. O direito penal está sempre condicionado ao princípio da intervenção mínima, que se relaciona com sua *fragmentariedade* e *subsidiariedade* (Batista, 2004, p.

¹⁵ No que diz respeito aos crimes contra o sentimento religioso (cf. Vianna; Miranda, 2020). Quanto aos crimes de discriminação, em especial a discriminação religiosa (cf. Miranda, 2022). Os crimes contra maus-tratos de animais foram trabalhados pelo professor homenageado nas obras citadas e, em especial, em Greco (2010). A esse respeito, também: Paula (2013, p. 128).

¹⁶ Acerca do conceito de economia da atenção (cf. Simon, 1971, p. 40; Crawford, 2015, p. 11; Caliman, 2012, p. 4; Frank, 1998; Beck; Davenport, 2001).

¹⁷ Interessante destacar que como recurso limitado a atenção passa a ser, inclusive, passível avaliação financeira. Isso ocorre especialmente na venda de espaços de publicidade em redes sociais ou sites de busca na *internet*.

¹⁸ Quanto ao problema da alocação de atenção (cf. Simon, 1971, p. 40).

85). A primeira indica que o direito penal não tem a pretensão de completude, mas protege somente alguns bens contra algumas formas de agressão. A subsidiariedade, por sua vez, pressupõe a fragmentariedade e indica que o remédio administrado pelo direito penal – ou seja, a pena – somente pode ser utilizado quando os outros ramos do direito mostram-se ineficazes.¹⁹

A título de exemplo, podemos analisar o bem jurídico *integridade física*. Ninguém inadmitte que tal bem jurídico merece proteção do direito penal. No entanto, não são todas as condutas que lesionam ou colocam em perigo a integridade física que são proibidas por esse ramo do direito. Pensemos na conduta de venda de cigarros.²⁰ É extensamente sabido o fato de que o ato de fumar ocasiona lesões à integridade física, no entanto, sua venda não é proibida pelo direito penal. Nesse ponto, o leitor poderia questionar se a permissão não decorre do fato de que aquele que fuma realiza uma autolesão. No entanto, o direito penal também não proíbe a conduta de fumar próximo a outras pessoas que não consentem com a prática do ato. Pensemos em uma mãe que fume dois maços de cigarros por dia dentro de casa com seus filhos por perto. Não parece haver dúvida que sua conduta lesiona a integridade física das crianças e, ainda assim, o direito penal não a considera suficientemente grave para a criminalização.

Desse modo, possíveis criminalizações de lesões ao sossego também devem ser avaliadas de acordo com sua gravidade. Nesse ponto, entendemos que a avaliação do grau de lesão a esse bem jurídico deve sempre levar em consideração o binômio: *expectativa de sossego* e *intensidade da agressão*. A expectativa de sossego está relacionada a circunstâncias de tempo e lugar que devem ser levadas em consideração para a verificação da lesão. Uma pessoa tem um grau de expectativa maior de manter-se senhor de sua atenção, por exemplo, em sua casa, no seu trabalho, em uma sala de aula ou em uma biblioteca. De outro modo, ao sair à rua ou, especialmente, ir a uma festa, um bar, um *show* ou a uma partida de futebol, a expectativa de sossego é diminuída. As pessoas sabem que em tais locais encontrarão outras pessoas, barulhos altos e demais fatores que terão impacto em sua atenção.

Da mesma forma, pode-se pensar no horário. Durante o dia, existe uma menor expectativa de sossego do que durante a madrugada. Normalmente, no período noturno, as pessoas repousam e, portanto, espera-se menos ações que interrompam a atenção. No entanto, datas festivas podem alterar essa expectativa. Durante o *réveillon*, não há expectativa de sossego à noite. Tradicionalmente, nessa data, as pessoas comemoram a mudança do ano, disparando fogos de artifício. Sem dúvida, a utilização desses artefatos tem a capacidade de lesionar o sossego, mas, nesse dia específico, como há uma baixíssima expectativa de sossego, tais condutas não configuram lesão. De igual maneira podemos pensar em eventos musicais ou esportivos que ocorram com autorização das autoridades administrativas. A autorização de um evento em uma região diminui a expectativa de sossego por um período determinado. Em suma, uma ação é tanto mais grave quanto maior a expectativa de sossego. No entanto, importante mencionar que essa expectativa não deve ser analisada numa perspectiva pessoal, mas de forma objetiva, de acordo com as características gerais de tempo e local.

Além da expectativa de sossego, deve-se levar em consideração também a intensidade da agressão. A partir desse elemento é possível considerar pouco ou nada lesivas as ações que causam importunação, mas por um período curto. Imaginemos, por exemplo, um vendedor que interrompe a conversa de grupo de pessoas em um restaurante para oferecer seus produtos. Sem dúvida, a sua conduta tem a capacidade de afetar a alocação da atenção dos comensais. No entanto, além da pequena expectativa de sossego em um local público, a interrupção da atenção ocorre por um curtíssimo período. Assim que ele deixa o local, as pessoas ali presentes podem voltar a alocar sua atenção na tarefa que estavam realizando. O mesmo pode-se dizer de pessoas que pedem dinheiro na rua, de ligações de telefone não solicitadas ou de quaisquer outros atos que interrompam a atenção por curto período.

Situação diversa ocorre quando a ação se prolonga no tempo, atingindo a capacidade da vítima de alocar sua atenção em tarefas cotidianas de forma intensa e prolongada. Imaginemos, por exemplo, o caso dos torcedores de um time de futebol que soltem fogos de artifício durante toda a noite ao lado de um hotel em que se hospeda o time rival ao seu – com a finalidade de atrapalhar o sono dos jogadores e, conseqüentemente, seu desempenho esportivo. O lançamento de um único foguete ou de alguns em um curto período pode ser considerado uma

¹⁹ No mesmo sentido (cf. Mir Puig, 2006, p. 117).

²⁰ O exemplo é do próprio homenageado (cf. Greco, 2016, p. 6).

interrupção curta da atenção. Mas, uma campanha coordenada de fogos de artifício com a finalidade de impedir o sono de determinadas pessoas é, sem dúvida, uma agressão intensa ao sossego, passível de ser criminalizada. De igual maneira, pode-se pensar em cobranças telefônicas abusivas. Uma chamada de *telemarketing* interrompe a atenção por um curto período e não pode ser considerada uma lesão intensa ao sossego, mas se uma empresa utiliza de dezenas de chamadas telefônicas ao longo de um dia para realizar uma cobrança, causará um dano intenso ao sossego do devedor.

Portanto, as condutas que interrompem a atenção, para serem consideradas passíveis de reprimenda penal devem ser realizadas em um local ou período em que a vítima tenha uma alta expectativa de sossego e com intensidade suficiente para serem consideradas graves. Esse entendimento, a nosso sentir, é o que melhor soluciona a questão das ameaças simples. Relembremos o caso da ameaça de divulgação de vídeos de conteúdo íntimo. Uma ameaça de mal grave – como requer o tipo penal – mesmo que pontual, tem a capacidade de comprometer a alocação da atenção do indivíduo por longo período, a despeito da sua vontade. Se uma pessoa fica excessivamente preocupada com a possibilidade de ter vídeos íntimos divulgados sem autorização, não conseguirá realizar com tranquilidade as tarefas do seu dia.

Desse modo, o delito de ameaça nos parece tutelar de forma mais direta o sossego dos indivíduos do que sua liberdade. Mesmo as ações que não impedem ou restringem a liberdade das vítimas – como ocorre nos casos em que o agente realiza uma ameaça, sem condicionar o ato lesivo a alguma atitude do ofendido – têm a capacidade de atormentá-las psicologicamente, impedindo que elas consigam alocar sua atenção nas tarefas diárias que pretendem realizar. É exatamente esse efeito de restrição ao sossego que deve ser considerado como fundamento da criminalização. Assim, torna-se desnecessária a referência a algum sentimento ou à restrição da liberdade individual – a conduta é criminalizada por apresentar idoneidade para afetar o sossego.²¹

Além da ameaça simples, o crime de perseguição (art. 147-A do CPB) também pode ser interpretado a partir da lesão que causa ao bem jurídico *sossego*. Não desconhecemos que algumas condutas de *stalking* têm a capacidade de ocasionar efetivos danos psicológicos às vítimas – como, por exemplo, depressão, síndrome do pânico etc. No entanto, acreditamos que esse efeito seja dispensável para a criminalização. Imaginemos uma pessoa que sofra perseguição pela *internet*, recebendo centenas de comentários, mensagens e *e-mails*, inclusive em canais profissionais, com conteúdo intimidatório. Ainda que essas condutas não sejam suficientes para desenvolver um transtorno mental, elas parecem poder ser criminalizadas, a partir da capacidade que apresentam de lesionar o sossego. Condutas reiteradas que atingem a vítima em ambientes em que se tem alta expectativa de sossego – como em sua casa ou no trabalho – têm potencial lesivo suficiente para serem consideradas crime.

Ademais, mesmo que as condutas não sejam capazes de afetar a liberdade da vítima, elas ainda parecem ser merecedoras de reprimenda penal. Nesse sentido, pensemos que a vítima do exemplo acima, que sofre perseguição pela *internet*, reside em um país diverso do seu perseguidor. Por conta disso, ela não deixará de sair de casa ou utilizar o transporte público em razão da perseguição. No entanto, as condutas têm a capacidade de atormentar seu sossego – mesmo que à distância – pelo receio do que pode o agente fazer no ambiente virtual.²² A vítima poderá ficar preocupada não com um ataque físico, mas talvez com o que o agressor possa publicar em páginas da *internet*. Desse modo, entendemos que o sossego também possa ser apontado como um dos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal de perseguição, em algumas das modalidades previstas no art. 147-A do Código Penal Brasileiro.

²¹ Essa ideia parece ter sido reconhecida, sob o nome de *tranquilidade*, por Miguel Reale Jr. Em seus comentários ao tipo penal de ameaça, Reale (2023, p. 493) indica que “o que se pretende proteger por via da incriminação da ameaça é o direito à tranquilidade, a viver sem ser atemorizado com prenúncios do sofrimento de males que conturbam. Em suma, há um direito à paz de espírito, de forma a constituir crime a grave perturbação oriunda da promessa de infligir ao destinatário da mensagem ou à pessoa, a qual se liga por laços de afeto, um malefício, dando causa à sensação de insegurança, criando medo. Dessa forma, para a caracterização do crime de ameaça, é preciso que haja ofensa contundente à tranquilidade, convulsionando a *psiqué* da vítima. Para tanto, o tipo penal exige que o prenúncio seja o de um mal injusto e grave”.

²² No que diz respeito à *internet* como instrumento para a prática de crimes (cf. Vianna, 2003, p. 15).

4 Considerações finais

O reconhecimento do *sossego* como bem jurídico traz significativas vantagens dogmáticas para o direito penal – especialmente para a interpretação de tipos penais como a ameaça e a perseguição. Ao contrário da referência a sentimentos – que são sempre subjetivos –, o *sossego* pode ser objetivamente compreendido como a condição necessária para que uma pessoa possa alocar e manter sua atenção em uma tarefa por ela escolhida.

Se é certo que o crime de ameaça muitas vezes restringe a liberdade individual, isso não pode ser generalizado. Há hipóteses em que a ameaça em nada impacta na liberdade individual da vítima, mas ainda assim tem um efeito significativo na sua capacidade de alocação da atenção. Desse modo, a limitação à liberdade individual, em muitos casos, será um efeito secundário destes crimes, mas não a sua essência.

Em um mundo em que segundos de atenção são disputados nas redes sociais por seu valor econômico intrínseco, nada mais natural que se reconhecer o *sossego* como um bem jurídico-penal. O corolário de uma economia da atenção é o direito ao *sossego*.

5 Referências

AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” em lateiría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016.

BADARÓ, Tatiana. *Teoria da criminalização: fundamentos e limites da criminalização legítima em um estado liberal*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECK, John C.; DAVENPORT, Thomas H. *The attention economy: understanding the new currency of business*. Boston: Harvard Business School Press, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. *E-book*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 2.

CALIMAN, Luciana. Os regimes da atenção na subjetividade contemporânea. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, v. 64, n. 1, p. 2-17, 2012.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Comentários ao art. 147 do Código Penal. In: SOUZA, Luciano Anderson de (org.). *Código penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CRAWFORD, Matthew B. *The world beyond your head: on becoming an individual in an age of distraction*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2015.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. *Offense to others*. New York: Oxford University Press, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCK, Georg. *Ökonomie der Aufmerksamkeit*. München: Carl Hanser Verlag, 1998.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 431-457, set./out. 2011.

- GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: uma contribuição al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Algumas considerações introdutórias. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- GRECO, Luís. Pornografia punível no Estado liberal: fundamentos e limites dos §§ 184, 184A-D do Código Penal Alemão (StGB). In: CAMARGO, Beatriz Corrêa; RENZIKOWSKI, Joachim (org.). *Questões fundamentais do direito penal sexual*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.
- 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 Criminas*, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004.
- GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*, v. 3, p. 47-59, 2010.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.
- HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 14, n. 4, p. 1-13, 2002.
- HIRSCH, Andrew von. The offense principle in criminal law: affront to sensibility or wrongdoing? *Kings College Law Journal*, [S.l.], v. 11, p. 78-89, 2000.
- HIRSCH, Andrew von; SIMESTER, A. P. Penalising the offense principle: constitutive and mediating principles. In: SIMESTER, A. P.; HIRSH, Andrew von. *Incivilities: regulating offense behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006.
- HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos em el StGB. In: HEFENDEHL; HIRSCH; WOHLERS (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016.
- HÖRNLE, Tatjana. Offensive behavior and German penal law. *Buffalo Criminal Law Review*, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 255-278, 2001.
- HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- JESUS, Damásio. *Direito penal. Parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 3. E-book.
- MILL, Stuart. *Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Barcelona: BdeF, 2006.
- MIRANDA, Lucas. *O delito de discriminação religiosa: limites entre a crítica legítima à religião e o discurso discriminatório*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.
- PAULA, Francine Machado de. *Animais não humanos como sujeitos de direito despersonalizados: crítica à legitimação jurídica do especismo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013. 240 p.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro. Parte especial: artigos 121 a 249 do código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2. E-book.
- RAWS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1977.

REALE JÚNIOR, Miguel. Comentários ao art. 147 do Código Penal. In: REALE JÚNIOR, Miguel (coord.). *Código penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução André Luís Callegari e Nereu Gomes Giacomolli (org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 1997. t. I.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeine Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 5. ed. Munique: C.H. Beck, 2020. band I.

SANTACANA, Joaquim Bages. *La Protección penal de los sentimientos religiosos: especial referencia a la ponderación de bienes jurídico-penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SIMON, Herbert. Designing organizations for an Information-Rich-World. In: GREENBERGER, Martin (ed.). *Computers, communications, and the public interest*. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1971.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial: arts. 121 a 154-A do CP*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

STRATENWERTH, Günter. La criminalización em los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016a.

STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016b.

VIANNA, Túlio. *Fundamentos de direito penal informático*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIANNA, Túlio; MIRANDA, Lucas. Crimes contra o sentimento religioso: uma interpretação conforme a Constituição da República de 1988. In: REALE JR, Miguel; ASSIS MOURA, Maria Thereza (coord.). *Coleção 80 anos do código penal: volume IV*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WOHLERS, Wolfgang. Criminal liability for offensive behaviour in Public Spaces. In: SIMESTER, Ap; DU BOIS-PEDAIN, Antje; NEUMANN, Ulfrid (ed.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014.

WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de um escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang (ed.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.