

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* –
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

MARCOS ANDRÉ GOMES DA PENHA

**ESTADO PENAL DO ESPETÁCULO: O (DES) RESPEITO AO
DIREITO À IMAGEM E À HONRA DO PRESO NO
CUMPRIMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DE NATUREZA
PROCESSUAL PENAL**

VITÓRIA

2014

MARCOS ANDRÉ GOMES DA PENHA

**ESTADO PENAL DO ESPETÁCULO: O (DES) RESPEITO AO
DIREITO À IMAGEM E À HONRA DO PRESO NO
CUMPRIMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DE NATUREZA
PROCESSUAL PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.
Orientador: Dr. Thiago Fabres de Carvalho

VITÓRIA

2014

MARCOS ANDRÉ GOMES DA PENHA

**ESTADO PENAL DO ESPETÁCULO: O (DES) RESPEITO AO
DIREITO À IMAGEM E À HONRA DO PRESO NO
CUMPRIMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DE NATUREZA
PROCESSUAL PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Thiago Fabres de Carvalho.

Aprovada em ____ de _____ de 2014.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº Dr. Thiago Fabres de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profº Dr. Anderson Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Luiz Antonio Bogo Chies

Dedico todos os anos de estudo e este trabalho aos meus pais, Ivanildo Alves da Penha e Vandira Tereza Gomes da Penha, que lutaram muito para cuidar da família com dignidade.

AGRADECIMENTOS

A Deus por conceder-me o dom da vida, por presentear-me com os melhores pais do mundo e por abençoar-me com a realização do grande sonho de ser Mestre.

À minha família, que, silenciosamente, aguentou minha ausência para a realização dessa conquista.

Ao meu orientador Thiago Fabres de Carvalho, pelo exemplo de docente, pela confiança no meu trabalho, por me fazer enxergar o lado humano da vida e pelo grande aprendizado no grupo de pesquisa.

Aos colegas de Mestrado, Álvaro Augusto Lauff Machado, Heleno Florindo Hubner da Silva e Henrique da Cunha Tavares pela cumplicidade acadêmica, pelo apoio nos momentos de crise intelectual e pessoal, pelas críticas construtivas e pela amizade.

A Faculdade de Direito de Vitória (FDV), a todos os seus docentes e funcionários, pelo ensino de qualidade que me permitiu conquistar o título de Mestre em Direito.

“Dai graças ao Senhor, porque ele é bom;
porque a sua benignidade dura para
sempre”. Salmos 107:1

“Um homem sem objetivos é um corpo
sem alma” (Marcos Penha)

RESUMO

Hodiernamente, no auge das discussões sobre a maximização do poder punitivo estatal, em razão dos altos índices de violência registrados, o que se percebe é o afloramento do ódio e a necessidade da sociedade se sentir vingada, mesmo que com isso rompa-se o modelo de Estado que busque garantir os direitos fundamentais. Sendo assim, o presente trabalho discutirá a necessidade do espetáculo penal das operações policiais no momento do cumprimento de prisões cautelares de natureza processual penal e o afloramento do direito penal do inimigo por ocasião da exposição pública de pessoas que se encontram na qualidade de suspeitas do cometimento de um crime.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Espetáculo Penal. Vingança.

ABSTRACT

In our times, at the height of the discussions on the maximization of state punitive power, due to the high levels of violence recorded, what is perceived is the outburst of hatred and the need of society feel vindicated, even if it breaks the model of State that seeks to guarantee fundamental rights. Thus, this paper will discuss the need for criminal spectacle of police operations at the time of execution of preventive arrests of criminal procedural nature and outcrop of the criminal law of the enemy during the public exhibition of people who are acting suspicious of the commission of a crime.

Keywords:. Criminal law of the enemy. Criminal spectacle. Revenge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 - AS RAÍZES HISTÓRICAS DA PENA COMO RITUAL DE DEGRADAÇÃO DA IDENTIDADE HUMANA.....	12
1.1 Evolução da pena no Brasil	13
1.2 As mazelas do direito penal do inimigo na identidade	19
CAPÍTULO 2 - DIREITOS DA PERSONALIDADE: A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	26
2.1 Direitos fundamentais	26
2.2 Direitos da personalidade	33
2.2.1 Privacidade: uma composição do direito à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada.....	35
2.2.1.1 direito à imagem	36
2.2.1.2 direito à honra	38
2.2.1.3 direito à intimidade	40
2.2.1.4 direito à vida privada	42
2.3 Direito à liberdade de expressão e à informação	42
2.4 Dignidade da pessoa humana	47
CAPÍTULO 3 AS RAZÕES DO GARANTISMO PENAL: AS PRISÕES PROCESSUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	50
3.1 Teoria do garantismo penal	50
3.2 Prisões cautelares de natureza processual penal	52
3.2.1 Prisão preventiva	53
3.2.2 Prisão temporária	57
3.3 Luz, câmera, ação: o espetáculo das operações policiais	59
3.4 Princípio da proporcionalidade	63
3.5 Colisão de direitos: direito à informação, direito à imagem e à honra.....	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS	78

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80
---	-----------

INTRODUÇÃO

O fenômeno de expansão do direito penal, projeto político aparentemente difundido no contexto da sociedade global, vem promovendo um impacto absolutamente drástico, tanto na estrutura, quanto na legitimidade do funcionamento das democracias contemporâneas ocidentais.

Mesmo após o estabelecimento de princípios que regem o Estado Democrático de Direito, é perceptível que a própria sociedade compactua com essa política do medo e manifestação de poder do soberano, face a perceptível consolidação da criminologia midiática, a qual consagra “modelos políticos-criminais que propagam o recrudescimento da legislação penal e estimulam a utilização do direito penal como verdadeiro instrumento de gestão da miséria” (BOLDT, 2013, p. 20).

Nos moldes atuais, as prisões cautelares de natureza processual penal ganham cada vez mais *status* de condenações antecipadas, haja vista que a exposição da pessoa nos organismos de imprensa fomenta o espetáculo da pena, ferindo direitos fundamentais do ser humano.

Com isso, propomos analisar se as autoridades policiais reatualizam a ótica do direito penal do inimigo, preconizada por Günter Jakobs, ao exporem, intencionalmente, os presos cautelares de natureza processual penal, priorizando a persecução penal e o direito à informação em detrimento ao direito à imagem e o direito à honra, fazem um pré-julgamento dos fatos, sem legitimidade para isso, haja vista que o cargo para o qual estão investidos não lhes concede tal prerrogativa.

Trabalhou-se com a hipótese que as autoridades policiais não possuem legitimidade para determinar que presos cautelares de natureza processual penal sejam expostos, intencionalmente, com o fito de garantir a persecução penal e o direito à informação, em detrimento ao direito à imagem e o direito à honra, pois, assim fazendo, desrespeitam princípios e regras constitucionais no âmbito jurídico brasileiro.

Se a democracia se afirma como um mecanismo ou estratégia de tratamento legítimo dos conflitos, de modo que os usos da força e da violência seriam justamente o fracasso nesse tratamento, a ampliação exacerbada do sistema penal coloca-se como a sua evidente antítese. Quanto mais direito penal menos uma sociedade pode reservar ao diálogo democrático a primazia enquanto forma de superação de seus intermináveis antagonismos.

O atual Estado Democrático de Direito, da mesma forma em que protege a privacidade dos indivíduos, garante a estes o direito à informação. Todavia, a liberdade de imprensa, por diversas vezes, se choca a outras garantias e princípios, quando se analisa o caso concreto, levando os magistrados decidirem tais conflitos, diante da falta de limites objetivos da amplitude da legislação.

No capítulo 1, abordaremos como se deu o desenvolvimento da aplicação das penas no Brasil, desde a entrada em vigor das Ordenações Filipinas, a partir do século XVII, até os dias atuais e uma análise das consequências do espetáculo da pena como ritual de degradação da identidade humana.

No capítulo 2 faremos uma análise sobre os direitos fundamentais e os direitos à personalidade, tão importantes para a formação e manutenção da identidade.

No capítulo 3 abordaremos a Teoria do Garantismo Penal, preconizada por Luigi Ferrajoli, que se contrapõe ao direito penal máximo, próprio de um Estado absoluto ou totalitário, bem como as prisões cautelares de natureza processual penal e a aplicação do princípio da proporcionalidade como solução no conflito aparente de direitos.

Ao final, será possível perceber que a exposição midiática de pessoas presas se aproxima das concepções sobre o direito penal do inimigo, preconizado por Günter Jakobs, as quais são humilhadas e expostas para a apreciação pública na condição de suspeita do cometimento de um crime que, em muitos casos, ao término do processo penal, comprovar-se-á ser inocente, porém terá sua imagem e honra maculadas perpetuamente.

A escolha do método se apresenta de suma importância, pois através dele o cientista terá uma estratégia de orientação a percorrer no intuito de ser alcançada a conclusão de seu estudo.

Com base numa teoria crítica do direito¹, durante a investigação, utilizar-se-á, basicamente, o instrumental teórico-hermenêutico, entendido como “interpretação ou hermenêutica universal”, onde o sujeito, mergulhado na linguisticidade e na sua condição-de-ser-no-mundo, não pretende (re)montar “objetivamente” os fatos, mas sim, estabelecer um processo de atribuição de sentido, por meio de uma “fusão de horizontes²”.

¹ Para a visualização de uma metodologia jurídica crítica, utilizada como *campo de racionalidades* das presentes reflexões, ver sobretudo: OST, François & KERCHOVE, Michel van der. *Jalons pour une théorie critique du droit*. Bruxelas: Un. Saint-Louis, 1987. BOURDIEU, Pierre. “The force of law: toward a sociology of the judicial field”, In *The Hastings Law Journal*, v. 38, 1987. SANTOS, Boaventura de Souza. *O Discurso e o Poder. Ensaio sobre sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1998. _____. *Para um novo senso comum: a ciência, a política e o direito na transição paradigmática*. V.1: *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2001. ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

² Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método I e II*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1994.

CAPÍTULO 1 - AS RAÍZES HISTÓRICAS DA PENA COMO RITUAL DE DEGRADAÇÃO DA IDENTIDADE HUMANA

Inicialmente, imperava a irracionalidade na aplicação da pena, haja vista que a vingança privada era estimulada e por vezes incontrolável. O “olho por olho, dente por dente” do século XVII a.C. era a lei, proporcionando um pseudo-sentimento de justiça, onde vítima e criminoso trocavam de lado a cada barbárie, tudo sob “a permissão e vontade de Deus”.

Independente do crime, a aplicação da pena almejava simplesmente ocasionar uma dor impiedosa e dolorosa, de forma a atingir, de forma direta, psicologicamente o criminoso e, indiretamente, a sociedade, para que ninguém ousasse a cometer tal erro novamente.

Essa maneira de aplicar a pena remete-nos à época que se atribuíam um castigo aos que descumprissem as regras, face o transgressor estar desrespeitando uma determinação divina e, assim, seria obrigado a ser flagelado ou até mesmo morrer para que não houvesse um castigo maior às demais pessoas.

Assim, o que se vislumbrava era um julgamento arbitrário, cujo objetivo era meramente aplicar uma pena cruel, de forma a manter o controle por intermédio do medo, onde todos se voltavam contra um suposto criminoso, constituindo uma espécie de vingança coletiva, cujas consequências eram infinitamente mais cruéis do que o mal produzido pelo delito em voga.

Conforme preceitua Garapon (1997, p. 19),

o primeiro gesto da justiça não é intelectual nem moral, mas sim arquitectural e simbólico: delimitar um espaço sensível que mantenha à distância a indignação moral e a cólera pública, dedicar tempo a isso, estipular as regras do jogo, estabelecer um objetivo e instituir actores.

Com o passar do tempo e o surgimento da noção de direito e de um ordenamento jurídico legal, passamos a dispor de um processo legal, com garantias expressas na Constituição Federal, visando um julgamento justo.

1.1 Evolução das penas no Brasil

Quando vigentes no Brasil as Ordenações Filipinas, no século XVII, havia a previsão de várias penas que, atualmente, não compactuam com os preceitos dos Direitos Humanos e de um Estado de Direito, havendo uma latente desproporção entre a pena aplicada e o delito cometido. Entre elas, destacam-se a previsão de pena de morte natural, com utilização de uma forca; a pena de morte natural para sempre, em que o corpo do condenado ficava pendurado, entrando em estado de putrefação com o tempo; a pena de morte cruel, precedida de torturas; e, ainda, a pena de morte com a utilização de fogo, onde o corpo simplesmente virava pó (NORONHA, 2001, p.55).

Além das penas capitais, eram comuns condenações que atingiam diretamente o corpo do acusado, confundindo-se, temporariamente, vítima e autor. Entre elas, destacam-se a condenação a receber açoites e chicotadas, cumpridas em muitas ocasiões em praça pública, para que todos presenciassem, haja vista o caráter “pedagógico” que se pretendia atingir.

Havia ainda a punição de degredo para galés³, de forma perpétua ou temporária, mutilações com requintes de crueldade, queimaduras com utilização de brasa, confisco de bens e multas eram outros tipos de penas previstas.

³ As galés estavam entre as principais embarcações de guerra europeias até o desenvolvimento da navegação, a partir do século XVI. Elas possuíam velas que, apesar de serem muito rudimentares, auxiliavam em sua movimentação. Mas, para que ganhassem os mares, era necessário recorrer à força de cerca de 250 homens, recrutados de diversas formas. Eles podiam ser escravos condenados pela Justiça, que trocavam suas penas por trabalhos temporários nas galés, ou voluntários em busca de salário. Em geral, quem era enviado para trabalhar nas galés vivia pouco, devido à ausência de refeições saudáveis, à labuta incessante sem descanso e às agressões físicas sofridas – chicotadas – pelo não cumprimento das ordens dadas. Os galerianos também usavam calcetas – argolas de ferro com corrente presas à perna –, coisa que só aumentava o sofrimento para quem fazia trabalhos forçados. O cansaço e as dificuldades resultantes de tanta pressão provocavam o que era considerada por muitos uma morte lenta e sofrida (SILVA, 2011).

Outra característica marcante dessa época era a aplicação das penas de forma vexatória, visando denegrir a sua moral e expor o erro publicamente à sociedade, o que, em muitos casos, atingia até mesmo sua própria família e gerações vindouras.

Assim, o Estado conseguia dois objetivos de uma única vez: a punição ao criminoso e o governar pelo medo, pois potenciais criminosos saberiam que, se fossem pegos, o que lhes esperava era aquele cenário de horror.

Verdadeiros espetáculos se instauravam para a consumação da pena determinada aos condenados, com a presença de centenas de pessoas, as quais “assumiam seus papéis de protagonistas na encenação dos rituais e na representação do quadro em que a morte triunfa sobre a vida” (DOTTI, 2003, p. 30).

A pena de morte torna-se um verdadeiro espetáculo para a maioria e objeto misto de compaixão e desdém para poucos. Ambos os sentimentos ocupam mais o espírito dos espectadores do que o salutar terror que a lei pretende inspirar, mas, nas penas moderadas e contínuas, o sentimento predominante é o último, porque único (BECCARIA, 2006, p. 76)

Em 1830, entra em vigor o Código Criminal do Império, o qual apresentou algumas mudanças na aplicação das penas. Contudo, é perceptível ainda a influência das agruras das Ordenações Filipinas, haja vista que ainda ocorriam grandes humilhações públicas, atingindo, principalmente, as classes menos favorecidas.

Nessa época, a pena de morte passou a ser, exclusivamente, na forca, porém, ainda com ares de humilhação e com direito a exposição pública, onde o condenado, como um prêmio, em um verdadeiro espetáculo penal, era conduzido pelas ruas públicas na companhia do juiz criminal local, do seu escrivão e de uma força militar.

Após a consumação do ato, os corpos dos condenados, se requisitados ao juiz, eram entregues aos familiares ou amigos, porém não era possível realizar o enterro como de uma pessoa comum, haja vista que se assim o fizessem, poderiam ser presos por isso.

Ainda vigorava a possibilidade da condenação à galés⁴, porém de forma modificada, haja vista que, anteriormente, condenava-se o acusado a trabalhar em embarcações, já nessa época o condenado trabalhava em obras públicas. Havia ainda a condenação à prisão simples ou com trabalho, pena de banimento⁵, degredo⁶, desterro⁷, suspensão e perda do emprego para os funcionários públicos, açoites – limitados aos escravos e multa.

Em 1890, já no Brasil República, entrou em vigor o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, contendo os primeiros indícios do estabelecimento de penas com caráter mais humanístico, haja vista que ocorre a abolição da pena de morte, porém há, ainda, previsão legal para as seguintes penas: prisão celular com isolamento e trabalho; prisão com trabalho obrigatório; prisão agrícola ou militar; prisão disciplinar e/ou correccional em estabelecimento industrial - para menores de 21 anos; reclusão cumprida em fortalezas, praças de guerra e quartéis militares; banimento; Interdição (pena superior a 6 anos: perda de títulos, emprego, direitos); suspensão e perda de emprego; multa.

Em 1932 houve uma consolidação das Leis Penais, de autoria de Desembargador Vicente Piragibe, a qual visava aglutinar diversas leis esparsas pelo ordenamento jurídico, sendo que várias não possuíam qualquer aplicabilidade, pois foram profundamente alteradas, bem como prover a publicidade adequada.

Apesar da Constituição Federal de 1934 extinguir a pena de morte e as de caráter perpétuo, em 1937, com a entrada do Estado Novo e a promulgação de uma nova Carta Constitucional, houve um retrocesso na legislação penal, pois, eivada do autoritarismo militar, volta a ocorrer a possibilidade de aplicação da pena de morte

⁴Art. 44 - "A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos da provincia, onde tiver sido commettido o delicto, à disposição do Governo."

⁵Art. 50 - "A pena de banimento privará para sempre os réos dos direitos de cidadão brasileiro, e os inibirá perpetuamente de habitar o territorio do Imperio. Os banidos, que voltarem ao territorio do Imperio, serão condemnados a prisão perpetua."

⁶Art. 51 - "A pena de degredo obrigará os réos a residir no lugar destinado pela sentença, sem poderem sahir d'elle, durante o tempo, que a mesma lhes marcar. A sentença nunca destinará para degredo lugar, que se comprehenda dentro da comarca, em que morar o offendido."

⁷Art. 52 - "A pena de desterro, quando outra declaração não houver, obrigará os réos a sahir dos termos dos lugares do delicto, da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido, e a não entrar em algum d'elles, durante o tempo marcado na sentença."

para crimes contra a ordem nacional e homicídios por motivo fútil e com requintes de perversidade. As demais penas visavam, exclusivamente, criar pânico na sociedade, para que o Estado continuasse a governar pelo medo.

Em 1940 entra em vigor o novo Código Penal, com boa técnica redacional, clara e concisa, aproveitando o que havia de melhor nas legislações italiana e suíça. Porém, apesar de constitucional, no código penal de 1940 não havia nenhuma previsão legal para aplicação da pena de morte.

A Constituição Federal de 1946 aboliu, novamente, a possibilidade da condenação à pena capital, ressalvada a legislação militar - em tempos de guerra, restringindo-se, assim, o poder punitivo do Estado.

Com a ditadura militar de 1964, mesmo não havendo alterações na legislação penal, a violação dos direitos humanos ficou latente, onde por intermédio de “atos institucionais”, instalou-se um verdadeiro Estado do medo.

Em 1969, junto com a nova Lei de Segurança Nacional, ressurgiu a previsão legal da pena de morte, de prisão perpétua e a pena de 30 anos de reclusão para crimes políticos, havendo, inclusive, redução das garantias processuais.

Contudo, com os constantes adiamentos para entrada em vigor, a *vacatio legis* do código de 1969 tornou-se a mais longa da história brasileira, com aproximadamente 10 anos, sendo revogado em 1978, mesmo ano em que uma Emenda Constitucional nº 11 destituiu a possibilidade de aplicação da pena de morte, da prisão perpétua e do banimento.

Enfim, com a reforma penal de 1984, algumas alterações foram instituídas visando resguardar, minimamente, a intimidade do preso, coadunando com o atual paradigma da valorização da dignidade da pessoa humana. Esta reforma instituiu a abolição das penas acessórias e o sistema do duplo binário (responde com a pena criminal e medida de segurança), passando o nosso sistema a ser regido pelo sistema vicariante (responde com a pena criminal ou medida de segurança, ficando o último reservado apenas para os inimputáveis).

Mesmo com inúmeras modificações e da distinção existente, as penas sempre influenciaram de forma direta na sociedade. Por isso que ao se analisar cada alteração efetuada na legislação penal efetivada pelo Estado, é fácil identificar que

a trajetória das ideologias e das estratégias de controle penal no Brasil reflete, nitidamente, os processos de dominação impostos pelas classes hegemônicas e sua definição da realidade social, em que o direito penal é historicamente utilizado como instrumento de gestão da miséria e da exclusão social e de reprodução das relações de poder dominantes forjadas a partir da “naturalização da desigualdade. (CARVALHO, 2007, p. 104)

Apesar das penas corporais terem sido praticamente extintas e não terem aplicabilidade atualmente, havendo uma única exceção, qual seja, a pena de morte, em caso de guerra declarada, a qual acreditamos que, no atual cenário de valorização dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, além dos preceitos de um Estado Democrático de Direito, perdeu também sua efetividade, o espetáculo penal promovido pela mídia nada mais é do que a retratação das mazelas de uma sociedade vingativa, a qual não se perturba com a violação de direitos fundamentais de um suspeito de crime.

É certo que houve grande evolução nos direitos do preso, principalmente com o estabelecimento do paradigma da dignidade humana, entretanto ainda há dúvidas em relação à efetividade da aplicação atual da pena, pois sua eficácia não tem se mostrado ser tão positiva, porém encontra respaldo na própria sociedade, a qual se mantém inerte diante dos impropérios e desrespeito às leis por parte do Estado.

Torna-se “necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu” (BECCARIA, 2006, p. 43).

Assim, ao analisarmos a evolução histórica da pena no Brasil, verifica-se que a maneira pela qual o Estado sempre puniu àqueles que não seguiam as determinações do soberano serviam para disseminar o medo, afinal, castigos que ocasionavam a morte ou mutilavam os condenados, aplicados no Brasil Império eram comuns.

Como bem aduz Beccaria (2006, p.76),

para que a pena seja justa, só deve ter os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar os homens dos delitos; ora não há ninguém que, refletindo a respeito, possa escolher a total e perpetua perda da liberdade, por mais vantajoso que o delito possa ser.

Nos dias atuais, não há previsão legal para esse tipo de barbárie, porém, ainda estamos distantes do que se espera, sendo que a humilhação contra os suspeitos de crime continua, em um verdadeiro espetáculo penal, o qual não coaduna com os princípios de um Estado Democrático de Direito.

1.2 As mazelas do direito penal do inimigo na identidade

Em sua obra, “Direito Penal do Inimigo”, Günther Jakobs aponta a possibilidade da existência de duas concepções dentro do direito penal: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo (JAKOBS, 2009, p. 10).

Essa distinção operada por Jakobs entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo visa configurar dois tipos ideais que na realidade nunca se manifestam de forma pura. São dois polos de um só mundo ou de duas tendências opostas que estão presentes no mesmo contexto jurídico-penal (CARVALHO, 2007, p. 89).

A consequência dessa constatação é a tentativa de engendrar um ‘modelo ideal’ de exceção que, contrastando com o tipo ideal de garantias, o que denomina de ‘Direito Penal do cidadão’, estabeleça uma nova pauta normativa para o tratamento punitivo do ‘indivíduo perigoso’, do ‘inimigo’ (CARVALHO, 2007, p. 87).

O direito penal do cidadão está reservado àquele que pratica um crime considerado de menor lesividade, sendo-lhe asseguradas as garantias penais e o devido processo legal. Já o inimigo não goza do status de pessoa e, por isso, não se adota contra ele um processo legal, mas sim um procedimento de guerra (PILATI, 2009, p. 28).

Para Jakobs, o inimigo é o indivíduo marcado por sua periculosidade, que não presta segurança de um comportamento social adequado, garantindo que agirá conforme as normas do Estado. Este não pode ser tratado como pessoa, pois, do contrário, vulneraria o direito à segurança das pessoas (PILATI, 2009, p. 28).

Nesse diapasão, percebe-se que, na concepção de Jakobs, “o inimigo é o criminoso renitente e que pratica crimes graves, como por exemplo os autores de crimes econômicos, crimes sexuais, crimes organizados e de terrorismo” (PILATI, 2009, p. 28).

A sociedade aceita silente tais impropérios tendo em vista o crescimento da violência urbana e a passividade do Estado em colocar em prática políticas públicas que possam minimizar o sentimento de medo. Nesse cenário, é

evidente que no contexto dos ‘relatos de uma guerra particular’ vivido no Brasil contemporâneo, em que a eclosão de um ciclo de violência interminável dilacera perversamente os horizontes simbólicos da sociedade democrática (FRANÇOIS OST), o ‘direito Penal do Inimigo’ tenha um solo fértil e inesgotável de cultivo e florescimento (CARVALHO, 2007, p. 88).

Contudo, não se pode olvidar que autoridades policiais estão realizando um pseudo-julgamento, determinando quem pode ser exposto à mídia, tomando essa decisão nefasta à parte fragilizada sem respeitar as garantias constitucionais, sendo esta uma das regras básicas para a efetivação de um Estado Democrático de Direito.

Ferrajoli (2006, p. 310) cita que

a história das penas é, sem dúvida, mas horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, organizada por muitos contra um.

Ao internalizar essa violência, o oprimido cria uma imagem desprezível de si, gerando situações que o degradam como pessoa, as quais ganham força na medida em que os próprios oprimidos, naturalmente, sentem que sua imagem e sua honra se depreciam com a exposição desnecessária à sociedade, principalmente pelos organismos da imprensa, gerando um celeuma em sua própria identidade.

Nas palavras de Castro (2002, p.17),

ao dizer direito à própria imagem se está apontando para critérios de individualidade, identidade e reconhecimento, como determinantes da realidade jurídica da imagem humana, posto que o direito somente atua se a representação visível de uma pessoa humana pode atribuir-se a um sujeito concreto.

Taylor entende que a identidade é a maneira pela qual as pessoas se compreendem e se identificam perante o mundo, (re)conhecendo suas dificuldades e forma autêntica de ser, sendo esta moldada pela forma como há o reconhecimento por parte do “outro” (TAYLOR, 2000, p. 241).

Apesar da afirmativa que a identidade é influenciada diretamente pela autenticidade, Taylor compreende que essa influência não é absoluta, sem qualquer responsabilidade com a sociedade, mas sim que essa deve ser norteadada pela ética e pela austeridade, ou seja, baseada no respeito ao próximo.

A identidade seria, então, a autocompreensão, por intermédio do conhecimento da própria diferença ou, ainda da forma autêntica de ser, de forma individualizada, fiel à maneira pela qual cada indivíduo se vê perante si mesmo ou pela sociedade.

A maneira que a sociedade estereotipa um indivíduo ou conceitua um grupo social pode ocasionar a formação de uma imagem pejorativa e a consequente formação de uma identidade inferiorizada.

A construção mais individualizada da identidade busca valorizar a noção de que “os seres humanos são dotados de um sentido moral, de um sentimento intuitivo acerca do que é certo ou errado” (TAYLOR, 2000, p. 243).

A supervalorização do espetáculo penal e a aceitação do direito penal do inimigo colocam em risco a própria efetividade dos direitos fundamentais, pois cria um discurso midiático falacioso, construindo uma sociedade em que os seus membros começam a agir e a reagir segundo as regras de um mundo fictício (BOLDT, 2013, p. 118).

Na atual conjuntura, cada dia mais, o discurso do direito penal do inimigo, preconizado por Jakobs, ganha força, haja vista que, em verdade, no cumprimento das prisões processuais de natureza processual penal o que mais se observa é uma antecipação da punição, ocorrendo uma relativização e/ou supressão de algumas garantias individuais ao se permitir que presos sejam expostos como objetos.

O poder punitivo do Estado não pode ultrapassar os limites estabelecidos pelo povo em sua Constituição Federal.

Em sua acepção moderna e jurídica, o inimigo vincula-se a Carl Schmitt [...], para quem o hostis define a essência do político e que, no caso concreto, será determinado pelo soberano que detém o poder de decisão no Estado. O certo é que, a partir do momento em que a inimidade afigura-se como parte essencial da política, esta se converte em guerra (BOLDT, 2013, p. 91).

Contudo, esse cenário de espetáculo penal só se mantém porque encontra amparo no próprio povo, ao passo que este permanece inerte a essas condutas nefastas a realização dos Estados constitucionais de direito. Se aceitarmos silenciosamente esse desrespeito às garantias fundamentais, acreditando que qualquer pessoa suspeita de um crime pode ter sua vida exposta, estamos aceitando que tal atitude é correta e cabível com qualquer ser humano.

A sociedade sempre demonstrou a vontade de recordar publicamente e coletivamente os fatos criminosos, afinal o criminoso deixa de ser “membro” do Estado, vez que se lança em guerra com este.

Todo malfeitor que ataca o direito social, converte-se com seus delitos em rebelde e traidor da pátria; deixa de ser membro dela ao violar suas leis, e até a combate. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se mata o culpado, isso é feito em razão de sua condição de inimigo, e não de cidadão. Os procedimentos, o juízo, são as provas e a declaração de que rompeu o pacto social e de que, por conseguinte, já não é membro do Estado. Pois bem, como ele se reconheceu como tal, ao menos no que concerne à residência deve ser separado daquele mediante desterro, com infrator do pacto, ou mediante a morte, como inimigo público; porque um inimigo assim não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito de guerra consiste em matar o vencido (ROUSSEAU, 2000, p. 34).

Jakobs credita a Rousseau essa radical separação entre cidadão e seu direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, por este acreditar que todo delinquente é

um inimigo em si mesmo (CARVALHO, 2007, p. 91).

Atualmente, como nos lembra Chauí (1993, p. 155), a democracia pressupõe justamente uma sociedade verdadeiramente histórica. É uma sociedade histórica, aduz a autora, não consiste pura e simplesmente numa sociedade que está no tempo, mas sim que se *efetua como* tempo, isto é, uma sociedade que não cessa de se reinstituir porque para ela sua gênese e sua forma é uma questão incessantemente recolocada. Porém, o que se vê é uma sociedade inerte, que não se importa e assiste a exploração midiática de suspeitos de crimes.

O espetáculo das prisões dá ao mal um rosto – o do suspeito, porém cada sociedade classifica os indivíduos e as coisas de uma determinada maneira.

Nesse contexto de maximização do poder punitivo estatal e de supressão de direitos e garantias fundamentais, o processo penal também tem sido utilizado como um instrumento de gestão da miséria, despindo-se, portanto, de sua finalidade garantidora das liberdades individuais e ganhando contornos essencialmente autoritários (BOLDT, 2013, p. 155).

Nesse silêncio, Estado Social e Estado Penal se confundem, devidamente apoiados pela sociedade norteada pelo espírito vindicativo, afinal governar pelo medo é a maneira imediatista que o Estado possui para conseguir “reagir ao crescimento da marginalidade e [...] gerir o cortejo de ‘problemas sociais’ que ela carrega: desemprego, sem-abrigo, criminalidade, drogas, juventude desocupada e enraivecida, exclusão escolar, dissolução familiar e social” (WACQUANT, 2008).

Revive-se a época dos espetáculos penais, uma vez que a sociedade tem se mantido omissa a esses fatos em detrimento à correta aplicação do direito, pois pessoas que sequer tiveram garantido o direito ao devido processo legal são expostas indiscriminadamente pela mídia com a participação direta de autoridades policiais.

Para começar, a gestão da segurança é concebida e executada não tanto por ela mesma, mas sim com a finalidade expressa de ser exibida e vista, examinada e espionada: a prioridade absoluta é fazer dela um espetáculo, no sentido próprio do termo. Para tal, as palavras e ações anti-crime devem ser metodicamente colocadas em cena, exageradas, dramatizadas e mesmo ritualizadas (WACQUANT, 2007, p. 9-10).

Como bem suscita Garapon (1997, p. 327), é possível verificar que “foi através do espetáculo, (...) de uma delimitação do espaço e de uma suspensão do tempo, de uma renúncia ao imediatismo, que assistimos a passagem de uma vingança arcaica para o Direito”.

Nas palavras de Ost (1999, p. 380) “[...] mantendo uma mentalidade vingadora, poderia igualmente semear a violência que pretende precisamente combater. Enganamo-nos ao obrigar o futuro sob a forma da ameaça, mesmo instituída, pois é apenas sob a forma da promessa que o futuro é fecundo”.

É necessário que se repense essa forma de atuação estatal, de forma a garantir os direitos contidos na Constituição Federal, pois há o risco iminente da sociedade tomar gosto pelo espetáculo em detrimento à verdade e à justiça, aceitando que se consolide a vingança e que se regresse ao caos (GARAPON, 1997, p. 60).

A exposição pública dos fatos por parte das autoridades policiais se torna cada vez mais comum, mesmo sem qualquer respaldo legal, infringindo todas as garantias dispostas na Constituição Federal.

O discurso falacioso de que mais garantias representam mais impunidade pode resultar na construção de um processo penal autoritário, com traços essencialmente inquisitórios, destituído de seus fundamentos éticos, estabelecidos na proteção dos direitos humanos fundamentais (BOLDT, 2012, p. 160).

Apesar de não serem selvagens como outrora, a maneira pela qual é dado cumprimento a mandados de prisões de natureza processual penal demonstra o gosto pelo espetáculo, colocando em segundo plano a verdade e a justiça ao violar algumas garantias fundamentais, entre as quais destacamos o direito à imagem e à honra do preso.

Por isso mesmo, igualdade e dignidade humana asseguram um limite aos desígnios do poder soberano, um ponto de referência que denota claramente o momento da suspensão da lei, vale dizer, da radicalização do estado de exceção e, portanto, permitem que o espaço da aparência possa resguardar a sacralidade da vida nua, o simples fato de viver. São, portanto, as significações imaginárias que permitem a denúncia cabal da violação

protagonizada pelo soberano, na sua ânsia insaciável de agir pela exceção (CARVALHO, 2007, p. 97).

O que o Estado pretende é disseminar a consciência do medo, por intermédio do discurso da punição contra aqueles que cometem desvios de conduta, de forma que a sociedade possa apreciar o poder do soberano por intermédio do espetáculo, deixando-se claro que subsiste uma escala hierárquica de ira, devidamente lançada contra qualquer pessoa que se oponha as suas determinações.

Essa disseminação do medo e a necessidade de se tratar suspeitos de crimes como verdadeiros inimigos é suscitada por Carvalho (2007, p. 93) ao citar que

no cenário brasileiro [...], ante a criação de inimigos internos, nomeadamente na figura do traficante e na categoria bem mais porosa do crime organizado, sugere-se aqui a hipótese de que o paradigma brasileiro não caminha no sentido de gradativamente afirmar um modelo de exceção no interior do Estado de Direito, operando-se a distinção, ainda que falaciosa, fornecida por JACKOBS entre “direito penal do cidadão” e “direito penal do inimigo”, mas de apenas e tão-somente aprofundar um modelo caótico e autoritário de exceção permanente sem nem mesmo ter percorrido a etapa de construção de um modelo de garantias.

Procura-se dar o exemplo para que outros não se insurjam contra o soberano, explicitando-se que qualquer infração poderá gerar uma punição vexatória e, ainda, o risco de ser protagonista de espetáculo do poder.

Corroborando com esse entendimento e valendo-se do direito à informação, os meios de comunicação realimentam, mesmo que indiretamente, a visão de que o investigado é um inimigo da sociedade, reforçando o preconceito e criando estereótipos de que essas pessoas estão à margem da dignidade humana.

Segundo Carvalho (2007, p. 90)

Em rigor, a faceta mais sombria desta edificação teórica reside, precisamente, na ambiguidade e no viés autoritário dos critérios de definição hegemônica daquilo que seria o verdadeiro “inimigo”, obedecendo meramente a antagonismos religiosos, a clivagens culturais, a diferenças étnicas, a disparidades econômicas e sociais, e no limite, a opções políticas e ideológicas que culminam na criminalização do embate político. Portanto, a noção de inimigo tende a identificar-se, simplesmente com os elementos indesejados e nocivos para uma certa visão dominante da realidade social.

Para evitar retornarmos a um estado de exceção exsurge a necessidade de se pautar todas as ações nos liames da Constituição Federal, cabendo ao Estado conduzir suas ações estritamente na legalidade, respeitando-se os direitos e garantias individuais previstos em lei.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

2.1 Direitos fundamentais

Embora haja alguma similitude entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, inicialmente, é necessário esclarecer que há diferença entre estas.

Para Oliveira (2011, p. 17), de modo mais genérico, os direitos humanos podem ser considerados o somatório de valores, atos e normas (internas e externas) que visam possibilitar a todos os seres humanos, de forma igualitária, uma proteção contra atos que lhe afetem a vida digna.

De acordo com Fleiner (2003, p. 20), os direitos humanos são os direitos da pessoa de conviver, conforme sua natureza, com outras pessoas.

Já Herkenhoff (1994, p. 30) considera que os direitos humanos são "aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente."

Cabe ressaltar que, apesar de ser utilizada em vários sentidos, a expressão direitos humanos não apresenta uma definição unívoca na doutrina, haja vista que várias terminologias são empregadas para dar-lhe sentido, tais como: "direitos naturais, direitos do homem, direitos da pessoa humana, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais (LEITE, 2010, p. 33)".

Faz-se necessário mencionar que há autores, como por exemplo, Krohling (2009, p. 67), que mencionam a impossibilidade de se declarar a universalidade dos direitos humanos, tendo em vista que, "na prática [...] não são garantidos de maneira universal a todos os seres humanos e muitas vezes são violados no mundo todo".

Nesse diapasão, Santos (2003) menciona que “a atual concepção de direitos humanos está inserida em um contexto de domínio cultural pelo fato de nem todas as tradições culturais terem atuado na formação dos instrumentos internacionais de direitos humanos”.

Já a expressão “direitos fundamentais” nos remete à positivação de direitos reconhecidos e expressos nas constituições de cada Estado. Já a expressão direitos humanos refere-se a expressões jurídicas advindas, principalmente, de documentos internacionais, revelando um caráter supranacional, por serem de valores universais (SARLET, 2006, p. 35-36).

Corroborando com esse entendimento, Leite (2010, p. 34) cita que,

os direitos humanos, por serem universais, estão reconhecidos tanto na Declaração universal de 1948 quanto nos costumes, princípios jurídicos e tratados internacionais. Já os direitos fundamentais estão positivados nos ordenamentos internos de cada Estado, especialmente em suas Constituições.

Com isso, hodiernamente, a grande maioria dos países fez constar em suas Constituições a proteção aos direitos humanos, principalmente em normas tidas como principiológicas.

Essa positivação é que concede aos direitos humanos o caráter fundamental, haja vista que se estabelece uma proteção a eles no teor da Constituição Federal de cada país que assim o faz, corroborando com os ensinamentos de Leite (2010, p. 35): “os direitos fundamentais compreendem a materialização dos direitos humanos”.

Considerando os direitos humanos como fundamentais, Moraes (2007, p. 21) afirma que estes são

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Segundo Bonavides (1998, p. 16), quem diz direitos humanos, diz direitos fundamentais. Portanto, para o nominado autor, não há distinção entre essas expressões, ressalvando apenas que, didaticamente, deve-se utilizar a expressão direitos humanos quando visarmos mencionar algo sobre direitos da pessoa humana antes de sua constitucionalização – tendente ao jusnaturalismo – enquanto direitos fundamentais devem ser utilizados quando os direitos humanos passam a constar da norma do Estado - tendente ao juspositivismo.

Em suma, perguntamos: Em que condições a práxis dos direitos humanos pode ser visto como uma forma de direito natural?

A Primeira condição [...] é que se reconheça a existência de valores universais, entendidos como horizontes gerais de bem humano. Estes podem ser comparados aos primeiros princípios generalíssimos da tradição e do direito natural. A segunda condição é que eles sejam realizados e implementados nas formas da racionalidade prática, respeitando não só nexos de congruência vertical entre valores, princípios e regras constitucionais, mas também a ligação paisagem entre os valores fundamentais que moldam o homem como tal (CASTANEDA, 2008, 173).

O debate permanece aberto, desde que respeitado o princípio maior que é o da dignidade da pessoa humana: Talvez esta seja uma característica dos direitos humanos como uma nova forma de lei natural, isto é, busca estar sempre aberto e nunca conclusivo sobre a forma mais adequada de se respeitar a dignidade humana na vida social e política (CASTAÑEDA, 2008, p. 173).

Nesse diapasão, Carpintero (2008, p. 167) entende que deve se dizer que os direitos se baseiam em razões justificáveis. Os direitos são universais se as razões que os justificam são universais. Estas razões não podem consistir, por sua vez, em outros direitos, porque também estes, a seu turno, deveriam ser justificados. Se as razões forem direitos, então os direitos não teriam razões.

Na realidade, os direitos são justificados por considerações universais em respeito à dignidade humana, isto é, de valores como a vida humana, a liberdade, o bem-estar, a solidariedade e a justiça. Porque, por si só, estes valores universais certamente não são direitos, e, então, deveria chegar-se à conclusão de que os direitos humanos são aqueles direitos dotados de uma justificação axiológica universal.

O fim dos direitos não reside nos direitos, senão em valores pelos quais eles são reconhecidos ou atribuídos. Desta forma, se os direitos repousam sobre valores, então se poderá falar de um retorno à lei natural, no entanto, há valores fundamentais próprios de todos os seres humanos.

Percebe-se que todas as vezes em que o vernáculo “valor” é mencionado, nos remete a algo superior, algo valioso, algo realmente uno. Fala-se em harmonia de tais valores, relação comum, buscando a integridade meio à universalidade.

Em momento algum, cita-se como valores a vingança, individualidade, penas de cunho vexatório, veiculação livre e imperativa nos meios de comunicação com sarcasmo, sadismo ou fatos narrados com tons de veracidade absoluta, valendo-se, por exemplo, da justificativa do direito à liberdade de expressão e direito à informação, para dissipar a raiva, o terror, o medo.

Utilizando-se os ensinamentos de Canotilho (2002, p. 369),

direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Mesmo com a tendência de positivação constante dos direitos humanos, em nosso entendimento, não é possível aceitar que essas expressões sejam tratadas como sinônimas, haja vista que, conforme mencionado anteriormente, o sujeito beneficiário é diferente.

Ademais, ressalta-se que pelo fato da Constituição Federal, em seu Título II ter positivado praticamente todos os direitos humanos, fato esse observado pela redação do §§2º e 3º do artigo 5º, considerando-se o direito interno, não há motivos que justifiquem distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, havendo, inclusive, previsão no artigo 4º, Inciso II, da Constituição Federal, que, nas relações internacionais, o Brasil adotará o princípio da prevalência dos direitos humanos (LEITE, 2010, p. 34).

Esse reconhecimento, na atualidade, pauta-se no paradigma dos direitos fundamentais que se diferencia dos direitos humanos, pois esses, apesar de inúmeros e diferenciados conceitos, são oriundos de um

conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irreduzível que tem que ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres (SANTOS, 1997, p. 19).

A teoria dos direitos fundamentais do estado social de direito evoluído da liberal burguesia concebe o homem como membro ativo de uma sociedade plural, na qual todos são igualmente livres, o que não ocorria no liberalismo burguês, onde consistia no indivíduo ser sujeito isolado, ou seja, indivíduo livre.

Os direitos fundamentais buscam assegurar a todos o gozo efetivo da liberdade em condições de igualdade, eis que esta não é tida somente como atributo jurídico formal, senão que se objetiva a liberdade real.

Contudo, o cumprimento desses direitos é através da prestação do Estado aos seus titulares, sem deixar de lado a obrigação de particulares em face da carga de solidariedade social.

A natureza jurídica dos direitos em tela, são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana (SILVA, 2004), não sendo estas normas supraconstitucionais ou de natureza supra-estatal (a sua validade independe de positivação interna constitucional), embora a cada dia estes direitos tomam dimensão internacional.

Esses direitos são considerados constitucionais, tendo em vista estarem inseridos nas constituições ou quando simplesmente há alguma declaração solene estabelecida pelo poder constituinte, todos oriundos e fundamentados no princípio da soberania popular, já que nada mais são que limitações aos poderes inerentes ao Estado impostos e dependentes desta mesma soberania.

Os direitos fundamentais são classificados segundo a Constituição Italiana, de acordo com o tipo de relação que fundamentam, agrupando-os em quatro classes: referentes aos direitos que regem as relações civis que se equivalem basicamente aos nossos direitos individuais; os que fundamentam relações ético-sociais; os que preveem relações econômicas e os direitos referentes às relações políticas (SILVA, 2004, p. 182).

É prudente lembrar que muitos desses direitos consistem em direitos a prestações ou atividades do Estado, porém, na categoria de direitos econômicos, sociais e culturais, a Constituição Federal inclui alguns direitos de natureza negativo-defensiva relativos aos direitos de iniciativa privada e o direito de propriedade privada. Por outro ângulo, o destinatário de alguns destes direitos não é apenas o Estado, mas também a generalidade dos cidadãos.

Ressalta-se que, à medida que os direitos sociais são alimentados por conteúdo e eficácia, influenciando os direitos individuais com a dimensão social, como os direitos de nacionalidade e políticos que fissura a abstração e o formalismo, passam a resolver a antítese entre o social e o individual com uma solução autêntica de garantia para a democracia.

Os direitos fundamentais possuem a função de defesa ou de liberdade dos cidadãos, como por exemplo, a imposição objetiva aos poderes públicos a proibição de qualquer tipo ou forma de censura, o direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem, direito da liberdade de expressão e informação ser feita sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas oriundas destes (CANOTILHO, 2002, p. 407).

Trata-se de constituição no plano jurídico-objetivo normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente determinadas ingerências destes na esfera jurídica individual, assim como o poder de exercer positivamente direitos fundamentais num plano jurídico subjetivo e, de exigir omissões dos poderes

públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (CANOTILHO, 2002, p. 407).

É garantido que o Estado adote medidas positivas destinadas a proteger o exercício daquelas direitos perante atividades danosas dos mesmos praticados contra terceiros (CANOTILHO, 2002, p. 409).

Partindo da premissa de que todos são iguais perante a lei (princípio da igualdade), assegura que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais, alargando-se a todos os direitos (CANOTILHO, 2002, p. 409).

Desta forma, por haver uma relação com a riqueza e com a participação da coletividade no bem-estar social, os direitos fundamentais se tornam elementos essenciais e primordiais para a dinâmica política.

O alicerce da discussão atual referente aos direitos fundamentais desde as primeiras declarações de direitos é a democracia como ideologia de organização política e forma de vida.

No art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão evidencia a ideia de democracia, com o texto que reconhece a lei como a exteriorização da vontade geral, onde todos os cidadãos têm o dever de participar na sua formação, devendo ser a mesma lei para todos tanto quando se protege, como quando pune.

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o dever de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.⁸

⁸ **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.** Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudosdeapoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 18 set. 2013.

A ideologia atual dos direitos fundamentais está profundamente ligada, originalmente falando, ao pensamento liberal-burguês, devendo observar-se sua evolução, onde a organização política tem como objetivo o respeito à liberdade individual.

2.2 Direitos da personalidade

Assim como a dignidade, existem outros direitos inerentes aos de personalidade, os quais são considerados de fundamentais, onde veremos adiante.

Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, pois pertencem ao domínio do Direito Constitucional, enquanto que os de personalidade, relações de igualdade, por estarem em domínio do direito civil (MIRANDA, 2000, p. 59).

Nas palavras de Bittar (2003, p. 4), os direitos da personalidade

existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações. Quando ganham a Constituição, passando para a categoria de liberdades públicas, recebem todo o sistema de proteção próprio.

Ao analisar a constitucionalização sobre os direitos da personalidade, Ublillos (1997, p. 731), comenta que

não se pode seguir mantendo, creio eu, em nosso ordenamento a tese tradicional de que os direitos da personalidade operam no âmbito do Direito Privado, enquanto que os direitos fundamentais regem as relações entre o indivíduo e os poderes públicos.

O Direito da Personalidade é aquele inerente à pessoa humana e válido em qualquer tempo e a todos os povos, tendo capacidade delegada pelo ordenamento jurídico da pessoa exercer direitos e contrair obrigações.

Nas palavras de Miguel Reale (2008) esses direitos representam

a proteção ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome, não sendo admissível o emprego por outrem do nome da pessoa em

publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. É o mesmo motivo pelo qual, sem autorização, é proibido o uso do nome alheio em propaganda comercial. Em complemento natural a esses imperativos éticos, são protegidos contra terceiros a divulgação de escritos de uma pessoa, a transmissão de sua palavra, bem como a publicação e exposição de sua imagem.

São esses os que podemos denominar direitos personalíssimos da pessoa, assim como a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, devendo o juiz, a requerimento do interessado, adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Os direitos da personalidade podem ser classificados sob três aspectos: o físico, o psíquico ou intelectual e o moral (FRANÇA, 2001, p. 27).

Os direitos físicos equivalem àqueles materiais que compõem a estrutura do indivíduo como a integridade corporal compostas por seus vários órgãos e membros; os intelectuais dizem respeito aos elementos subjetivos da personalidade, como a liberdade, a intimidade e o sigilo, todos intrínsecos. Já o aspecto moral refere-se ao atributo de valor da pessoa na sociedade, como o patrimônio moral, a identidade e a honra (FRANÇA, 2001, p. 27).

Quanto a esses direitos de personalidade, França (2001, p.27) frisa o aspecto privado dos tais em contraposição a juristas alemães que só lhes reconheciam a tutela pública, através do Direito Constitucional e do Direito Penal, criticando a generalidade com que as diversas legislações abordam o tema e ainda ressalta que esses direitos não são estanques, por vezes participando de mais de um grupo, como por exemplo, o direito à imagem, que tanto pode ser considerado de natureza moral como física.

É necessário lembrar que a garantia de muitos direitos da personalidade advém de investimentos realizados pelo Estado na área social, como saúde, educação, segurança e habitação, como bem menciona Roque (2001, p. 33):

Observa-se que o novo modelo econômico segue certos estereótipos internacionais: a saúde é entregue aos planos de saúde de índole privada, a educação pública está decadente com o aviltamento do salário dos professores, a falta de investimentos na área da segurança pública afeta o

direito à integridade física do cidadão, mercê do declínio da proteção policial. Em virtude disso, a segurança também está caminhando para a privatização, haja vista a grande quantidade de empresas especializadas em segurança privada. Enfim, em que pese as vantagens do novo padrão neoliberal, para o qual não faltam arautos, não há dúvidas de que veio para retirar direitos, como os acima elencados, privilegiando apenas os de cunho predominantemente patrimonial.

Nesse contexto, a classificação vale apenas como uma utopia porque em um sistema que trabalha na direção do desemprego estrutural, tem-se apenas direito ao trabalho, jamais a possibilidade de conseguir um emprego. À saúde, e jamais ao tratamento. À integridade física, e jamais à segurança. Como poderá o Estado garantir os demais direitos da personalidade, se não consegue garantir os direitos básicos?"

O caminho adotado para o reconhecimento dos direitos de personalidade reforçou a prática constitucional, fixando os institutos no nosso ordenamento jurídico, ou seja, a constitucionalização.

2.2.1 Privacidade: uma composição do direito à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada

Composta por quatro outros direitos: à imagem, à honra à intimidade e à vida privada, a privacidade é compartilhada com os amigos mais íntimos sem que seja considerada uma violação ao mesmo direito, havendo aí um consentimento implícito revelado em face da proximidade entre as pessoas.

Há dois interesses interligados e protegidos pelo direito à privacidade: um moral, retrato de sua projeção como direito fundamental de personalidade e outro material, respeitante a uma certa avaliação pecuniária que remete o uso e disposição de faculdades à semelhança do direito patrimonial (SAMPAIO, 1998, p. 357).

Tanto é que nos direitos civil e penal proíbem o depoimento dos amigos íntimos como testemunhas. O Código de Processo Civil iguala o amigo íntimo a um parente, por isto, suspeita-se a parcialidade e são impedidos de testemunhar.

Toda pessoa reúne seus dados e informações sobre si que não pretende revelar a outrem, por mera ausência de vontade que não necessita de qualquer informação. A

satisfação desse desejo de isolar-se do mundo pode significar o aparecimento e aperfeiçoamento das virtudes, pois a satisfação daquela pretensão ou desejo é responsável pelo alento d'alma ou pela manutenção do equilíbrio do espírito.

Importante frisar que tal direito é fundamental para o seu crescimento, em todos os setores, é desta forma que cada um irá formar sua convicção, sua ideologia de vida, seu “modo de ser” etc. Uma vez violado, tal crescimento pode ser interrompido, causando um verdadeiro mal-estar ao indivíduo lesado, o que faz surgir a hipótese de que ele possa até mesmo interferir de modo negativo na sociedade.

Uma vida criada no meio de bons valores e respeito, futuramente irá exercer seu direito de maneira saudável e pacífica, contribuindo substancialmente à sociedade vinculada. Ocorrendo o contrário, poderá violar os limites inerentes aos direitos da personalidade, lesando, outrossim, um terceiro. Assim, tal indivíduo será nocivo à comunidade que lhe cerca, daí a importância do direito à vida privada ser exercido saudavelmente, sem vícios, interferências devassadoras e, dentro dos rigores da lei.

2.2.1.1 direito à imagem

A Constituição Federal de 1988⁹ prevê em seu art. 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O direito à imagem tem por finalidade resguardar uma “certa aparência e representação; ou um controle do signo físico distintivo, em todas as suas etapas, inclusive de sua captação e reprodução” (SAMPAIO, 1998, p. 377).

⁹ Artigo 5º, Inciso V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; Artigo 5º, Inciso XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

Bittar (2003, p. 94) cita que o direito de imagem “consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos que a individualizam no seio da coletividade”.

A imagem de uma pessoa representa muito mais que um traço físico, feições ou aparências (mesmo que representada de forma gráfica, plástica ou fotográfica), pois ela, até certo ponto, expõe a intimidade da pessoa (SAMPAIO, 1998, p. 377).

A imagem [...] deve ser entendida não somente como a representação de uma pessoa, mas também, como a forma pela qual é vista pela coletividade. [...] não apenas o semblante do indivíduo, mas partes distintas do seu corpo, sua própria voz, enfim, quaisquer sinais pessoais de natureza física pelos quais possa ser ela reconhecida (CASTRO, 2002, p. 17).

O reconhecimento constitucional do direito à imagem (bem como o direito à honra), colocando-o em um capítulo que o considera fundamental, revela a intenção do legislador constituinte de estabelecer como primordial a efetivação desse direito, bem como sua intenção de impossibilitar a

deliberação de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV); a proibição, de regra, de suspensão dos mesmos durante o estado de defesa e de sítio, exceto os relativos ao sigilo de correspondência e comunicação (art. 136, §1º, I, “b” e “c” e art. 139, III); a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º) (CASTRO, 2002, P. 17).

Importante frisar que o conceito de imagem deve ser observado sob a lente da metafísica e, em sua dimensão pessoal, se caracteriza pela referência imediata a uma pessoa individualizada (CASTRO, 2002, p. 23).

Outro fator que se requer atenção é a necessidade de que, para se ter a fiel proteção desse bem jurídico, necessariamente, a pessoa tem que se reconhecer ou ser reconhecida pelos outros em uma imagem.

A imagem interessa ao Direito como sendo toda e qualquer forma de representação da figura humana, não sendo possível limitar e nem enumerar os meios técnicos pelos quais ela se apresenta, vez que, com o avanço da tecnologia, a cada momento surgem novas maneiras e mecanismos capazes de exibir a imagem das pessoas (AFFORNALLI, 2008, p. 23).

Há três critérios para composição do conteúdo imaterial da imagem humana: a individualidade, a identidade e a possibilidade de se ser reconhecida (CASTRO, 2002, p. 27).

Sendo assim, a imagem individualizada diz respeito a possibilidade de haver distinção de uma pessoa em relação a todos os demais seres humanos, sendo reconhecida, unicamente, por suas características próprias.

O bem da imagem retrata a personalidade individual, que conjuga os elementos próprios do sujeito, em sua qualidade de ator social, e que o distingue das demais pessoas. Conjugando os vários elementos componentes da imagem, inclusive o da imagem-qualificação, podemos enunciar o direito à imagem como: conjunto de faculdades ou prerrogativas jurídicas cujo objeto é toda expressão formal e sensível da personalidade que individualiza a pessoa quer em sua expressão estática (figura), quer dinâmica (reprodução); assim como por meio da qualificação ou perspectiva, de acordo com sua verdade pessoal, (existencial) a imagem que faz de si (subjetivamente) e seu reflexo na sociedade (objetivamente), garantida a utilização exclusiva pelo titular, compreendendo a prevenção dos atentados sem prejuízo da indenização por danos causados (SAHN, 2002, p. 34).

Ao infringir o direito à imagem, o Estado adentra em outros direitos da personalidade que gravitam ao redor daquele, entre os quais o direito à vida privada e à intimidade.

2.2.1.2 – direito à honra

Vê-se o direito à honra como um patrimônio moral da pessoa, um sentimento da dignidade individual, a sua reputação. Os que violam a intimidade de outrem, modificando o conceito social dessa pessoa, é mais do que uma manipulação de um determinado dado pessoal, pois caracteriza a intenção dirigida à sua depreciação e à sua desvalorização, podendo até confundir-se de certa forma, com a identidade, mas também se diferenciando.

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2004, p. 208),

a honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade – adverte Adriano de Cupis – mesmo fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contraditório à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria. Este segredo entra no campo da privacidade, da vida privada, e é aqui onde o direito à honra se cruza com o direito à privacidade.

A honra é um bem jurídico imaterial e representativo das qualidades morais que o homem detém (CASTRO, 2002, p. 5), diretamente ligado a dignidade, que visa a manutenção de sua imagem junto à opinião pública, sendo por essa reconhecido.

Ela alcança tanto sentimento pessoal de estima, quanto de reputação, subdividindo-se em subjetiva e objetiva, sendo que na primeira é determinada pela autoestima, pela compreensão que a própria pessoa tem de si, voltadas, exclusivamente, às pessoas físicas; enquanto que, na segunda, consiste no valor atribuído por terceiros, referente à nossa dignidade, que pode alcançar às pessoas jurídicas (CASTRO, 2002, p. 7).

Do ponto de vista subjetivo, é a estima que toda pessoa possui de suas qualidades e atributos, que se refletem na consciência do indivíduo e na certeza em seu próprio prestígio. No aspecto objetivo, a honra é a soma daquelas qualidades que os terceiros atribuem a uma pessoa e que são necessárias ao cumprimento dos papéis específicos que ela exerce na sociedade (CASTRO, 2002, p. 7).

A violação desse direito afeta diretamente a personalidade, pois atinge a individualidade psíquica, maximizando o sentimento de reprovação internamente (eu) e externamente (sociedade), em face da vergonha, reprovação social e baixa autoestima que ocasiona.

Sob o direito à honra, há mais que uma manipulação de um determinado dado pessoal, pois se acrescenta a intenção dirigida à sua depreciação, à sua desvalorização, que pode ser inexata, confundindo-se, certa medida, com a identidade; mas, dela diferenciando-se, pode ser verdadeira (SAMPAIO, 1998, p. 378).

A salvaguarda desse direito, não aceita qualquer tipo de discriminação, podendo-se afirmar que o direito à honra é vulnerável quando revelados atos, vícios ou defeitos de seu titular que o façam desmerecer ante a consideração que ele tem por si

mesmo e coloquem a pessoa em uma situação de inferioridade com relação ao respeito que os outros lhe devem ter.

Conforme mencionado anteriormente, há a possibilidade de uma pessoa jurídica ter sua honra (objetiva) maculada, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁰, pois a reputação não é um atributo exclusivo aos seres humanos.

Essa decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça representa o entendimento majoritário de que tem a pessoa coletiva bens de natureza extrapatrimonial, como, dentre outros, o “bom nome” e a “boa reputação” (CASTRO, 2002, p. 15).

2.2.1.3 direito à intimidade

O indivíduo tem exclusivo controle acerca de suas próprias informações, decidindo a quem, quando ou onde comunicar suas particularidades. A esfera da inviolabilidade abrange amplamente a vida doméstica, as relações afetivas, hábitos, fatos, pensamentos, segredos, imagem, suas origens e objetivos individuais futuros.

A reserva da intimidade consiste em tutelar esse direito como seu bem mais restrito. Numa visão mais técnica, o direito à intimidade seria a espécie da qual o direito à vida privada seria o gênero. Trata-se de uma esfera confidencial, cujo acesso é muito mais restrito, onde somente é permitido àqueles com quem a relação pessoal se desenvolve de forma mais intensa, porém, não absoluta (SAMPAIO, 1998, p. 369).

Sobre o tema, Maria Helena Diniz (1989, p.110), cita que

A intimidade é zona espiritual reservada de uma pessoa ou de um grupo de indivíduos, constituindo um direito da personalidade, daí o interesse jurídico pelo respeito à esfera privada. Desse modo, o autor da intrusão arbitrária à intimidade alheia deverá pagar uma indenização pecuniária, fixada pelo

¹⁰ A Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça cita que “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 227. In: Direito Sumular. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 379.

órgão julgante de acordo com as circunstâncias, para reparar o dano moral ou patrimonial que causou. Além disso, deverá o magistrado ordenar medida que obrigue a cessar suas ingerências na intimidade alheia, se estas ainda continuarem e, se possível, deverá exigir o restabelecimento da situação anterior à violação, às expensas do lesante, como, p. ex., a destruição da coisa produzida pelo atentado à intimidade.

Enfim, tudo que constitui ideologia reservada da pessoa, espiritual ou até mesmo material (situação financeira) se busca a proteção desta autonomia individual. A intromissão, excepcionalmente, é admitida pela família e domesticamente, como também pela amizade mais íntima (SAMPAIO, 1998, p. 369).

Salienta-se que todos os direitos personalíssimos se promanam do direito à liberdade: maior, gerador e independente (SAMPAIO, 1998, p. 267).

O direito à liberdade, o 2º imediato após a vida, irradia o alcance e conteúdo dos demais direitos personalíssimos, como sustenta Gilberto Haddad Jabur (2000, p. 260):

Tomando-se conta que o direito à intimidade abriga o direito à quietude, à paz interior, à solidão e ao isolamento da curiosidade pública, de tudo o quanto possa interessar à pessoa, impedindo que se desnude sua vida particular, parece não haver dúvida de que a liberdade antecede à intimidade, posto que seu conteúdo e abrangência são permitidos e acentuados através de uma escolha desobstruída daquilo que deve ou não fazer parte do círculo restrito do “eu”, incomunicando-se-o com terceiros. Isso exige a prévia e desimpedida liberdade. Quando o indivíduo determina o que ou quem participa ou não de sua intimidade, o que quer ou não quer resguardar e manter só para si, seus familiares e amigos “íntimos”, exercita seu direito à liberdade de opção, de escolher o que pretende, e com que intensidade, preservar ou desnudar, estabelecendo, portanto, e a partir daí, o que não deverá e o que não poderá sofrer ingerência, e em que medida teria esta lugar. O direito à intimidade é direito personalíssimo, e, como tal, independente. Disso não dissonou a Constituição Federal (art. 5º, X). Se em conteúdo divergem o direito à liberdade e o direito à intimidade, porquanto um rege e o outro é regido, na essência se aproximam. Ambos encerram tutela específica, embora unidos por uma estreita e sensível correlação. Se é certo que o exercício do direito à intimidade não sobrevive sem a liberdade plena, não menos acertado é afirmar que a escolha livre, sem âmbito de proteção específico, não pode ser exercida. A intimidade concentra sua proteção na esfera reservada da pessoa. Visa ao recolhimento, ao recato, à contenção do conhecimento alheio. Assim, é preciso que ela exista para, então, submeter-se ao direito de ser ou não preservada. E os lindes dessa tutela hão de ser notados de acordo com cada situação e comportamento individual.

O direito à intimidade diz respeito à própria pessoa, cujo conjunto de fatos e aspectos diz somente a esta pessoa que não possui desejo de comunicar aos

outros, enquanto que o segredo corresponde a não violar as confidências feitas por terceiro a si.

2.2.1.4 direito à vida privada

A vida privada se desenvolve fora das vistas do público, sendo conhecida somente por um seletivo grupo de indivíduos mais ligados. Ela é privilegiada para o convívio dentro da residência do indivíduo (daí o direito à inviolabilidade do domicílio).

Nas palavras de Jabur (2000, p. 254), a vida privada é “o refúgio impenetrável pela coletividade, devendo, pois, ser respeitada.”

O direito à reserva de vida privada, segundo Castro (2002, p. 36), é

a faculdade atribuída às pessoas físicas de excluir do conhecimento dos outros, além da família e amigos íntimos, sentimentos, emoções, pensamentos, orientação sexual, valores espirituais próprios que revelem sua personalidade psíquica. [...] A personalidade é plasmada pelo conjunto de fatores, hereditários ou socialmente adquiridos, que formam a personalidade psíquica do homem e que ele permite seja dividido entre seus familiares e amigos íntimos.

Neste caso, quando mencionada a família, é a que convive com o titular do direito e que está apta a conhecer informações pessoais dele. É o contato próximo no dia a dia da pessoa que possibilita a partilha de informações, alicerce imprescindível para se alcançar o âmbito familiar de que se trata.

2.3 Direito à liberdade de expressão e à informação

2.3.1 Direito à liberdade de expressão

Mesmo sendo um direito reconhecido, o ato de pensar é irrelevante para a sociedade, pois diz respeito, exclusivamente, a pessoa que o exerce. Contudo, ao

desejar exteriorizar esse pensamento, o homem estará exercendo um direito consagrado na Constituição Federal que é a liberdade de manifestação de pensamento, propagando suas opiniões e concepções individuais (ALMEIDA, 2010).

A Constituição Federal prevê tanto a liberdade de manifestação de pensamento, vedando o anonimato, em seus artigos 5º, inciso IV, e 220; como assevera serem invioláveis a liberdade de consciência, e a de crença, garantindo a liberdade de cultos religiosos, no inciso VI, e a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica, e de comunicação, no inciso IX e artigo 220 (ALMEIDA, 2010).

Ao consagrar a liberdade de manifestação de pensamento no texto constitucional, o legislador constituinte garantiu também a liberdade de expressão, como corolário da liberdade de pensamento e opinião (ALMEIDA, 2010).

A liberdade de expressão é constituída por “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não” (MENDES et al, 2008, p. 360).

Fica claro que o exercício do direito à liberdade de expressão é um ato de cidadania, contudo há de se ter responsabilidade de forma que não sejam violados outros direitos fundamentais.

A liberdade de expressão tem uma importância instrumental, ou seja, não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade. (DWORKIN, 2006, p.318-319).

No contexto da liberdade de expressão é possível afirmar que se encontram a propagação do pensamento por todos os meios possíveis, não apenas pela palavra escrita ou falada, mas também por gestos, desenhos, gravuras, pinturas, e porque não dizer o silêncio, inserido dentro de uma determinada perspectiva (ALMEIDA, 2010).

2.3.2 Liberdade de informação

A declaração francesa de 1789 trouxe à tona o direito à informação ao prever em seu artigo 10 a liberdade de opinião, e em seu artigo 11 a livre comunicação de ideias. A liberdade de informação possui sua gênese nos direitos individuais e no conceito de liberdade da referida carta, no sentido de que todo indivíduo possui o livre direito de manifestar o seu pensamento (GAMA, 2008, p. 27).

Nesse mesmo sentido, o artigo 19 da Declaração Universal dos direitos do Homem afirma que “todo indivíduo tem direito a liberdade de opinião e expressão” (GAMA, 2008, p. 27).

A expressão “liberdade de informação” surgiu nas leis da imprensa, nos Estados da Baviera e do Hesse, em 1949. Nos dois casos, o direito à informação consistia na livre circulação das informações e com o livre acesso às fontes de informação (GAMA, 2008, p. 27).

Em nossa atual Constituição Federal¹¹ O artigo 220 prevê o Direito à Informação, o qual permite que, livremente, as pessoas possam transmitir, publicar, informar fatos pertinentes à sociedade, promovendo com isso uma reflexão social sobre determinado assunto ou acontecimento.

É certo que o Estado não pode impedir, atrapalhar ou embaraçar a busca, ou a transmissão de informações, exceto no caso de matéria sigilosa, por imposição legal do artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal¹².

¹¹*In verbis*: Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

¹²*In verbis*: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIII. Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Contudo, o artigo 5º, inciso XIV, do Texto Constitucional¹³ assegura a todos o acesso à informação, consistindo em um direito de todo indivíduo, principalmente se o teor tiver cunho público.

Como um dos principais fundamentos de um Estado Democrático de Direito é a transparência dos atos governamentais, o acesso dos cidadãos à informação torna-se imprescindível para a participação popular, haja vista que essa só é possível a partir do momento em que o homem tem conhecimento dos fatos e notícias que ocorrem no mundo social em que vive, podendo livremente informar a outros indivíduos, formando-se a opinião pública. Daí a importância que a liberdade de informação adquiriu na Constituição Federal, sendo assegurada como direito fundamental (ALMEIDA, 2010).

No que tange a interpretação do que se considera informação, esta deve ser compreendida em seu sentido amplo,

comportando todos aqueles fatos e notícias veiculadas que podem formar a opinião pública, bem como a utilização de todos os meios possíveis, e realizada por todos os organismos que compõem a sociedade, sendo acima de tudo livre, para não se criar uma opinião pública manipulada e fraudulenta (ALMEIDA, 2010).

Apesar de ser indiscutível a importância do exercício da liberdade de informar, é preciso salientar que tal direito não pode se impor ao direito à intimidade, devendo serem colocados a um mesmo nível de proteção, em abstrato, para de acordo com as circunstâncias de cada caso, prevalecer um ou outro (SAMPAIO 1998, p. 390).

Sendo assim, mesmo verificando que os fatos informados são verídicos, há de analisar o contexto e a forma de obtenção da informação, pois, se houver uma atitude invasora, tal ato pode produzir (no invasor) responsabilidade civil e criminal, apesar do legítimo exercício da liberdade de informar (SAMPAIO 1998, p. 390).

¹³ *In verbis*: Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV. é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Corroborando com esse entendimento, Beltrão (2008, p. 15) afirma que “não interessa que o invasor esteja no exercício de sua liberdade de informar, uma vez demonstrada a atitude invasora com lesões à intimidade, o invasor responderá na ordem civil e até criminal”.

Nas palavras de Silva (1998, p. 249) “a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência da censura, respondendo cada pelos abusos que cometer.”

Com isso, é possível verificar a íntima ligação do exercício do direito à informação com os meios de comunicação e a liberdade de imprensa, tendo em vista ser este o seu mister.

O direito à informação, cujo titular é a população ou a sociedade globalmente considerada, impõe deveres ao Estado a fim de atender aos interesses da sociedade. É preciso, portanto, refletir mais profundamente sobre a natureza e as funções dos meios de comunicação a fim de que se chegue a uma concepção de que os mesmos são serviços públicos, principalmente por sua influência sobre a opinião pública (ALMEIDA, 2010).

Para que não ocorra novamente fatos como o da Escola Base¹⁴, em 1994, na cidade de São Paulo/SP, se faz necessário estabelecer limites entre o direito à informação e à intimidade, afinal

a própria imprensa costuma noticiar o envolvimento de pessoas com crimes e outros fatos desabonadores da conduta através de imagens e entrevistas, apontando-as muitas vezes como autoras de crimes, com um prévio julgamento social, sem que antes tenham, as mesmas, sido julgadas pela justiça (BELTRÃO, 2008, p. 3).

Isso nos leva a refletir sobre a importância da imprensa no conflito entre os direitos à intimidade e à informação, pois, ao emitirem juízo de valor, tendem a fugir do fato concreto e, de acordo com a forma que se transmite, pode-se mudar o contexto

¹⁴ O caso da Escola Base apontava que ocorriam abusos sexuais contra crianças que estudavam naquele estabelecimento de ensino, o que divulgado pela imprensa causou uma revolta popular com o apedrejamento da escola, a decretação de prisões preventivas e ameaças de linchamentos aos proprietários, quando na verdade houve um mal-entendido, através de falsa denúncia e nada ficou demonstrado quanto a existência de abusos sexuais, mas a credibilidade da escola nunca mais foi recuperada e os seus proprietários sofrem até hoje os traumas e danos causados.

ocorrido, e influenciando na formação de opinião da sociedade, motivo pelo qual não estão livres de serem responsabilizados por tais atitudes.

Sendo assim, os direitos à liberdade de expressão e à informação, apesar de se comunicarem, pertencem a categorias distintas de direitos. O primeiro pertence ao grupo dos direitos civis, enquanto o segundo ao dos direitos sociais (MORAES, 2003, p. 1).

Ambos são componentes da cidadania, porém, em determinadas circunstâncias, desenvolvem entre eles graves tensões, haja vista que “os direitos civis são direitos liberais que requerem à abstenção dos poderes públicos enquanto os direitos sociais são direitos de prestação ou de crédito e exigem uma obrigação positiva do Estado” (MORAES, 2003, p. 1).

2.4 Dignidade da pessoa humana

Como salienta Bonavides (2001, p. 86),

é no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Em seu artigo 1º, Inciso III, a Constituição Federal institui, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana¹⁵, devidamente mencionada por Sarlet (2001, p. 60) da seguinte forma:

A dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e distintiva de 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 [...].

¹⁵*In verbis*: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Piovesan (2004, p. 54) cita que “entre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito Brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana”.

O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se fonte primária dos direitos e garantias fundamentais, sendo um valor essencial que dá unidade de sentido ao texto constitucional:

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular. (PIOVESAN, 2010, p. 56)

O valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vem a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos (PIOVESAN, 2010, p. 56).

Assim, a partir da compreensão de que o atual paradigma de Estado Democrático de Direito, inspirado na Constituição Federal de 1988, possui dois grandes pilares, quais sejam, a democracia e a defesa dos direitos fundamentais (MOREIRA, 2012, p. 23), é preciso refletir sobre a maneira pela qual as autoridades policiais, representantes do Estado, conduzem as constantes operações voltadas ao cumprimento de prisões cautelares de natureza processual penal, as quais, comumente, são eivadas de sensacionalismo, fomentando um conflito entre direitos fundamentais, quais sejam: o direito à informação em contraponto ao direito à imagem e à honra do preso.

Os direitos da personalidade - onde se encontram o direito à imagem e o direito à honra - estão diretamente interligados ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, não sendo razoável permitir que os Estados ou os governos ofendam tais direitos; a consciência jurídica da humanidade exige que se lhes dê proteção contra todas as ofensas e ameaças (DALLARI, 1996, p.49).

Porém, o que se percebe é que

a lógica punitiva inerente ao discurso midiático dominante desconsidera princípios de índole penal e constitucional e distancia-se de uma visão holística dos problemas sociais, pautando-se apenas na crença simplista de que o sistema penal pode e deve, extraordinariamente, solucionar todo tipo de conflito social e garantir a proteção dos mais diversos bens jurídicos (BOLDT, 2013, p. 150).

Apesar do discurso social de respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais do preso, que no momento da prisão ainda se encontra na condição de suspeito, o que se vê na prática é um pré-julgamento inquisitorial. Não há sinonímia entre o discurso aplicado e a prática, cabendo à autoridade policial, nos moldes atuais, decidir qual direito deve prevalecer: o direito à informação ou os direitos à imagem e à honra do preso.

CAPÍTULO 3 AS RAZÕES DO GARANTISMO PENAL: AS PRISÕES PROCESSUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 Teoria do garantismo penal

A Teoria do Garantismo Penal, capitaneada por Luigi Ferrajoli, tem como fundamento a legalidade, base do Estado de Direito, visando à mínima intervenção penal aliada a máxima garantia.

De acordo com Ferrajoli,

o termo “Estado de Direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados [em sentido forte, estrito ou substancial]; e neste sentido é sinônimo de “garantismo”. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado : a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes[...]. b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária FERRAJOLI, 2006, p. 790).

A teoria garantista funda sua doutrina na secularização e na tolerância, desconstruindo o argumento ressocializador da resposta penal ao desvio punível, impondo uma série de condições necessárias ao discurso jurídico, isto é, deriva inúmeras implicações teóricas que devem ser respeitadas (CARVALHO, 2008, p.6).

O garantismo representa a tutela dos direitos fundamentais, os quais consubstanciam a existência do Direito e do Estado, visando a mínima intervenção punitiva do Estado, consubstanciando sua teoria em três diferentes sentidos, são eles: modelo normativo de direito, teoria jurídica e filosofia política (FERRAJOLI, 2006, p. 785-787).

Garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, [...] se caracteriza como uma técnica de tutela idônea [...]em garantia dos direitos. [...]; garantismo designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. [...] exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; [...] por fim, garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade (FERRAJOLI, 2006, p. 785-787).

Suas premissas se baseiam a partir da criticidade ao direito penal, “adquirindo atualmente pretensões generalistas, isto é, nasce como discurso de deslegitimação do sistema penal e alça seu potencial à estrutura de nova concepção sobre a teoria geral do direito e do Estado (teoria política)” (CARVALHO, 2008, p. 6).

O garantismo visa desmistificar os fundamentos jurídicos da pena, apontando sua verdadeira origem: a política.

O discurso garantista, porém, encontra-se em perspectiva diametralmente oposta ao modelo ressocializador, procurando deslegitimar os fundamentos jurídicos da pena, direcionando-a ao seu local de origem: a esfera política. Constrói seu arcabouço teórico a partir dos princípios ilustrados da secularização e da tolerância, concebendo justificação antropológica à intervenção estatal, desmistificando o falso “humanismo” que recobre o mito da recuperação. Assim, o garantismo apresenta-se como modelo interpretativo do sistema penal, como recurso heurístico da legitimação e/ou deslegitimação das normas e práticas do controle social formal (CARVALHO, 2008, p 6).

A negação se torna o primeiro e mais sensível efeito da adoção do modelo penal de garantias, *a priori*, das teorias de prevenção especial positiva (ressocializadoras), como argumento justificacionista da pena, e, posteriormente, das próprias justificações jurídicas às sanções (CARVALHO, 2008, p.6).

Apesar da legitimidade da pena ser a questão central do problema jurídico-penal, sua justificativa pautou-se no utilitarismo, sendo que, hodiernamente, ainda há resquícios dessa justificativa.

A legitimidade da pena é o epicentro do problema jurídico-penal e, por que não dizer, da fundamentação política do Estado moderno. No entanto, se em seu nascedouro a sanção penal obteve justificativa utilitarista, desde as teorias retributivas e os modelos de prevenção geral negativa sob a égide do discurso contratualista, com o advento da Escola Positiva italiana passa

a ser moldada pela ideologia do tratamento. A concepção profilática da pena perpassou todo o século XX e ainda demonstra fortes sinais de manutenção, principalmente pela relegitimação operada pelo neopositivismo criminológico da corrente político-criminal da (Nova) Defesa Social (CARVALHO, 2008, p. 6).

A proposta garantista tem como referencial a visão de não apenas buscar uma punição a todos as pessoas que praticam um crime ou que, supostamente, possam tê-lo cometido, mas, sobretudo, que somente haja punição àqueles que, comprovadamente, sejam os responsáveis.

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até prova em contrário: é necessária a prova – quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é, na realidade, resolvida por uma presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única certeza que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas. (FERRAJOLI, 2006, p. 104).

Assim, é possível haver uma valorização dos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, afinal é necessário que seja respeitado às garantias fundamentais contidas na Constituição Federal antes que haja qualquer acusação ou mácula à imagem e honra de acusados que são expostos indiscriminadamente.

3.2 Prisões cautelares de natureza processual penal

Com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, que alterou dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, definiu-se as únicas prisões cautelares de natureza processual penal existentes no ordenamento jurídico nacional, também chamadas de prisões provisórias: a prisão preventiva e a prisão temporária, as quais, para serem decretadas, deve-se levar em consideração o princípio da proporcionalidade.

Através do princípio da proporcionalidade é que a prisão provisória irá encontrar sua legitimidade. No caso em concreto, será ponderada a

gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida – o equilíbrio entre dois deveres do Estado –, a proteção do conjunto social e a manutenção da segurança coletiva dos membros da comunidade frente a desordem provocada pelo injusto típico, através de uma eficaz persecução dos delitos e, de outro lado, a garantia e a proteção efetiva das liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos que a integram (GERBER, 2004, p. 234).

Antes da condenação definitiva, um suspeito só pode ser preso em três situações: flagrante delito, prisão temporária e prisão preventiva, porém, somente permanecerá preso no caso das duas últimas, não podendo, a primeira, ser hipótese de prisão cautelar como forma de garantir o processo. Com isso, o juiz possui o prazo de 24 horas, após a prisão em flagrante para decidir se a converterá em uma prisão preventiva e, caso não o faça, a prisão em flagrante perderá seu efeito.

3.2.1 Prisão preventiva

Instrumento processual utilizado pelo juiz na fase de inquérito policial ou no curso da ação penal, a prisão preventiva, devidamente expressa no Código de Processo Penal entre os artigos 311 e 316, requer a presença dos pressupostos de admissibilidade - *fumus comissi delicti* (fumaça de cometimento do crime), materialidade e indícios suficientes de autoria - e dos requisitos legais, podendo ser solicitada pelo Ministério Público, pela autoridade policial, pela própria vítima (nos casos em que a ação penal for de iniciativa privada), bem como pelo juiz, de ofício¹⁶.

Nas palavras de Mirabete (2002, p. 384),

é uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais da segurança.

¹⁶ Código de Processo Penal - Artigo 311 - Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial; Artigo 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 21 out. 2013.

No entendimento de Nucci (2009, p. 622), trata-se de “uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei”.

Por se tratar de uma prisão cautelar de natureza processual, a análise para a decretação da prisão preventiva deve levar em consideração o risco que o acusado oferece se permanecer em liberdade (*periculum libertatis*).

O artigo 312 do Código de Processo Penal apresenta os motivos que justificam sua decretação, a saber: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

Há jurisprudência no Supremo Tribunal Federal que entende que a garantia da ordem pública se fundamenta no risco de reincidência do crime, na periculosidade do réu e na gravidade do delito, resguardando a sociedade de maiores danos¹⁷.

Embora não se tenha firmado um conceito estratificado para a expressão “garantia da ordem pública”, a periculosidade do réu tem sido apontada como o fator preponderante para a custódia cautelar. Por isso, aberrante a interpretação do dispositivo que possibilita a prisão sob o argumento de proteger o agente de represálias da vítima ou da família desta (MIRABETE, 2001, p. 386)

Contudo, necessário ressaltar que no conceito de ordem pública também se abrange a necessidade de se acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão e reação da sociedade à ação criminosa (MIRABETE, 2002, p. 386).

Para Nucci (2009, p. 626), a garantia da ordem pública

¹⁷ “A garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos” (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005).

“Se caracteriza pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação” (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007).

“A garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas e na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal” (HC 98.143, de rel. Min. Ellen Gracie, DJ 27-06-2008).

trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada, fundamentalmente, pelo binômio gravidade da infração + repercussão social.

Ao analisar o abalo à ordem pública, o juiz tem que se abstrair dos sensacionalismos advindos da imprensa, pois “é preciso bom senso para distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem pública, da situação de mera divulgação real da intranquilidade da população, após o cometimento de grave infração penal” (NUCCI, 2009, p. 626).

A previsão de prisão preventiva para garantia da ordem econômica visa resguardar os impactos nefastos que podem ocorrer a vida das pessoas ocasionados por um possível prejuízo a economia nacional.

Tal garantia tem por finalidade “impedir que o agente, causador do seríssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade e impunidade reinante nessa área” (NUCCI, 2009, p. 630).

Assim, nesse caso, ao decretar a prisão preventiva, o juiz pretende impedir a continuidade delitiva, com o intuito de normalizar a economia e cessar o impacto das mazelas desse ato na vida social.

A prisão preventiva para fins de conveniência da instrução criminal busca garantir que não haja qualquer interferência no devido processo legal, pois a busca da verdade real deve ocorrer de maneira lisa, equilibrada e imparcial, sem quaisquer abalos ocasionados pelo acusado, no sentido de perturbar o desenvolvimento da instrução criminal ou mesmo a colheita de provas (NUCCI, 2009, p. 631).

Nesse diapasão, estão amparadas as testemunhas do processo, as quais devem ser resguardadas de qualquer tipo de ameaças que possam interferir na busca da verdade real.

É indiscutível que a ameaça formulada pelo réu ou por pessoas a ele ligadas pode desencadear a decretação da prisão preventiva, tendo em vista que a instrução criminal pode ser seriamente abalada pela coerção. Se as testemunhas não tiverem ampla liberdade de depor, narrando o que efetivamente sabem e compondo o quadro da verdade real, não se está assegurando a conveniente instrução criminal, motivo pelo qual a prisão preventiva tem cabimento (NUCCI, 2009, p. 631).

Corroborando com esse entendimento, Mirabete (2002, p. 387) cita que a prisão preventiva “pode ser decretada para assegurar a prova processual, obstando-se a ação do criminoso, seja fazendo desaparecer provas do crime, seja apagando vestígios, subornando, aliciando ou ameaçando testemunhas”.

Por fim, a prisão preventiva proferida para fins de garantir a aplicação da lei penal visa evitar que o réu possa se evadir após uma eventual sentença condenatória, frustrando o Estado e o exercício de seu direito de punir o autor de uma infração penal (NUCCI, 2009, p. 632).

Nesse mesmo sentido, serve, ainda, para evitar a fuga ou escusa em atender o chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, retardando e tornando incerta a aplicação da lei penal (MIRABETE, 2002, p. 386).

Nas letras do artigo 313 do Código de Processo Penal, constam as infrações passíveis de decretação de prisão preventiva, sendo eles: os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos, reincidência em crime doloso – em sentença transitada em julgado, dificuldades na identificação, bem como nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência¹⁸.

¹⁸ Código de Processo Penal - Artigo 313 - Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 21 out. 2013.

A prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou do processo, tanto nos casos de ação pública quanto de privada, não havendo, portanto, qualquer obstáculo à decretação da medida antes da conclusão do inquérito policial, haja vista que até mesmo a inexistência deste não a impede, desde que seja fundamentado pedido em peças informativas demonstrativas da existência de crime e indícios de autoria apresentados com o requerimento do Ministério Público (MIRABETE, 2002, p. 388).

3.2.2 Prisão temporária

Prevista pela Lei 7.960 de 1989, a prisão temporária é uma modalidade de prisão cautelar que tem como objetivo restringir a “liberdade de locomoção, por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial” (MIRABETE, 2002, p. 392).

Como se diz na exposição de motivos da Lei nº 7960/89, o clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas a da prisão temporária (MIRABETE, 2002, p. 392).

Nesse diapasão, Nucci (2008, p. 1007) cita que a prisão temporária “é uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficiente investigação criminal policial, cuidando-se de infração penal de particular gravidade, devidamente apontada em lei”.

Surgiu no ordenamento jurídico como forma de

promover a substituição da antiga prisão para averiguação, realizada pela polícia, sem o crivo judicial, nem o acompanhamento do Ministério Público, que poderia redundar, muitas vezes, em autêntico abuso de autoridade impunível, pois desconhecido ou de difícil comprovação (Nucci, 2008, p. 1007).

Com prazo de duração predeterminado, em regra cinco dias, com exceção dos crimes hediondos e equiparados, cujo o prazo se dilata para trinta dias, ambos prorrogáveis por igual período, a decretação da prisão temporária deve se basear exclusivamente no rol taxativo dos delitos previstos no artigo 1º, da Lei nº 7.960/89¹⁹.

Devidamente motivada, a prisão temporária somente poderá ser decretada quando for “imprescindível para as investigações do inquérito policial” conforme previsto na Lei nº 7.960/89, artigo 1º, inciso I, visando transpor entraves que impedem o esclarecimento do fato criminoso e suas circunstâncias ou ainda quando o suspeito não tiver residência fixa ou não fornecer elementos que esclareçam sua identidade (MIRABETE, 2002, p. 393).

Ao tratar de “imprescindibilidade para as investigações”, o texto legal deixa aberta a subjetividade interpretativa, fomentando a possibilidade de se expedir mandados de prisão temporária para pessoas serem inquiridas. Contudo, por ser necessária a devida autorização judicial, extirpa-se de vez as prisões para averiguação, presentes em um momento não tão distante.

Corroborando com esse entendimento, Nucci (2008, p. 1008) diz que

¹⁹ Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

certamente, é um elemento imponderável, sem parâmetro determinado, comportando uma gama imensurável de alegações feitas pela autoridade policial ao juiz. Entretanto, melhor assim. Muito mais razoável do que a anterior prisão para averiguação, chancelada por muitos julgados como legítima, mas que expunha o detido a toda sorte de privações, sem o acompanhamento judicial.

Ressalta-se, porém, que é preciso avançar ainda mais, haja vista que a oitiva do investigado jamais pode ser considerada imprescindível para as investigações, tendo em vista o direito constitucional de permanecer em silêncio²⁰.

Contudo, a utilização frequente da prisão temporária nas operações policiais tem ocasionado transtornos irreparáveis à imagem e à honra do investigado, pois sequer há uma acusação contra este, mas por conta da exposição midiática, acaba sofrendo uma pseudopena e um julgamento moral pela sociedade, ocasionando danos imensuráveis.

O princípio da presunção de inocência²¹ é colocado em segundo plano, pois a aplicação do direito do inimigo preconizada por Jakobs acaba prevalecendo, haja vista que, mesmo sem condenação transitada em julgado, a prisão temporária e o espetáculo que a envolve com a devida exploração por parte da imprensa, transforma investigados em criminosos nocivos à sociedade.

3.3 Luz, câmera, ação: o espetáculo das operações policiais

A exposição de pessoas presas é justificada pelas autoridades policiais como uma oportunidade da sociedade identificar possíveis delitos cometidos pelo suspeito. É preciso compreender que cada situação concreta, apesar de, aparentemente, parecerem idênticas apresentam um contexto e peculiaridades diferentes, o que pode ocasionar opiniões contrárias em casos semelhantes.

²⁰ Artigo 5º, Inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

²¹ Artigo 5º, Inciso LVII, da Constituição Federal de 1988:

Conforme cita Carvalho (2007, p. 86),

Como adverte Raúl Zaffaroni, no percurso histórico do controle penal, a identificação de determinados sujeitos ou grupos sociais como merecedores de uma punição diferenciada, nomeadamente mais rigorosa, não constitui relevante novidade.

Nas palavras de Ferrajoli (2006, p. 372): "justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo".

Representantes do Estado que não possuem legitimidade para aplicar penas, não podem, arbitrariamente desrespeitar as garantias constitucionais de cada cidadão, sendo esta uma das regras básicas para a efetivação de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Ferrajoli (2006, p. 310),

a história das penas é, sem dúvida, mas horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, organizada por muitos contra um.

A natureza de qualquer sistema penal é instável, um desequilíbrio de origem interno (entre suas agências) ou externo (do ambiente). Por isso, o sistema penal é sempre um aparato perigoso, cujo funcionamento deve ser pautado nos princípios de um Estado de Direito.

Percebe-se, no entanto, que o sistema penal funciona como um aparato canalizador de vingança que regula o poder punitivo. Busca em seu funcionamento cautela à contenção do espírito vindicativo, condicionado à prevenção de massacres e, eventualmente, o próprio destino de nossa espécie.

Faz parte desse aparato, todas as agências que incidem sobre o poder punitivo, mas nem todas o exercem, como no caso do poder punitivo exercido pela polícia, no

amplo sentido da expressão (serviços de inteligência, aduaneira, bancária, de fronteiras, tributária). O trabalho policial exerce diretamente o poder punitivo. Juízes não saem às ruas para buscar meliantes, a não ser as polícias que os encontram e àqueles entregam para o julgamento.

Vale salientar que, em todo o governo há uma área de segurança, porque de alguma forma é de bom grado dominar as polícias e impor a essas seus limites.

A partir desta dominação, a *criminologia midiática* constrói uma realidade de segurança bastante difusa, porque dela a dedução é imediata – e os juristas a engolem. (ZAFARONI, 2012, p. 324).

É possível afirmar que estamos a sociedade aceita, passivamente, o direito penal do inimigo, haja vista que se mantém omissa aos constantes espetáculos midiáticos que “condenam”, previamente, pessoas que sequer tiveram garantidos o direito ao devido processo legal e a presunção de inocência.

A exposição pública dos fatos por parte das autoridades policiais, nos shows televisivos, se torna cada vez mais comum, mesmo sem qualquer respaldo legal, infringindo todas as garantias dispostas na Constituição Federal.

O que se percebe é a necessidade da sociedade se sentir vingada, onde nenhum crime cometido possa escapar ao olhar da justiça, independente da necessidade de se regressar à época da vingança arcaica.

A proliferação desses desejos ébrios de vingança, do sadismo coletivo mascarado, sobrepõe o sentimento individual emotivo ao processo público de racionalização dos conflitos, invadindo, inclusive, o imaginário dos operadores do direito. Estes, formados para solucionar razoavelmente os litígios, neutralizar o ímpeto de vendeta e sublimar a retaliação, acabam por internalizar e intermediar o ódio comunitário, sendo cooptados por disciplina social extremamente autoritária, legitimadora de verdadeira política criminal do terror. (CARVALHO, 2008, p. XXIV-XXV)

Nas palavras de Günter Jakobs (2009, p. 19),

formulando de modo mais geral: as garantias normativas que o Direito estabelece não têm como conteúdo que todos tentem evitar todos os danos

possíveis – se assim fosse, produz-se-ia uma paralisação imediata da vida social. Por isso é que se atribuem a determinadas pessoas - e não a todas as pessoas – que ocupam determinadas posições no contexto de interação, determinados encargos.

Como bem salienta Moreira (2012, p. 25), “[...] reconhece-se o cenário de crise instaurado no campo jurídico brasileiro, no qual se percebem dificuldades para implementar o modelo constitucional ético, garantidor dos direitos fundamentais [...]”.

Expor pessoas que, ainda, estão na condição de acusadas de um crime é estabelecer uma pena sem previsão legal e “toda pena que não derive de absoluta necessidade [...] é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico” (BECCARIA, 2006, p. 22).

As operações policiais passaram a fazer parte do noticiário diário nos meios de comunicação, tornando-se um verdadeiro espetáculo. Debord (1997, p. 11) define espetáculo como “a afirmação da aparência e a afirmação de toda a vida humana, socialmente falando, como simples aparência”. Ele considera que o espetáculo faz parte da sociedade, porém é uma forma de dominação da burguesia sobre o proletariado (DEBORD, 1997, p. 09).

É preciso verificar por que a autoridade policial, que não possui entre as atribuições inerentes a seu cargo a prerrogativa de julgar pessoas, mas têm o dever de preservá-las enquanto estão sob a proteção estatal, resguardando-lhes todos os direitos inerentes a um Estado de Direito, “julga” o caso concreto e decide o conflito de direitos.

Conforme menciona Carvalho (2004, p. 95), “a aplicação do direito pressupõe a interpretação, e esse vocábulo há de ser entendido como a atividade intelectual que se desenvolve à luz de princípios hermenêuticos, com a finalidade de construir o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas”.

Todos os operadores do direito podem até possuir o conhecimento necessário para interpretar normas jurídicas, mas somente um “está autorizado a ir além da

interpretação tão-somente como produção das normas jurídicas para dela extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de intérprete autêntico: o juiz” (GRAU, 2009, p.28).

3.4 Princípio da proporcionalidade

Viver em sociedade não é algo tão simples, pois é necessário obedecer várias limitações em prol da harmonia social. Nas palavras de Dallari (2012, p. 21)

a vida em sociedade traz evidentes benefícios ao homem mas, por outro lado, favorece a criação de uma série de limitações eu, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana(*sic*).

Se cada homem é dotado de inteligência e de vontade, o que é mais valioso para um é completamente desprovido de valor para outro. Surge, então, uma dificuldade: como estabelecer uma finalidade que atenda aos desejos de toda a sociedade? (DALLARI, 2012, p.34).

De acordo com Dworkin (2007, p. XV),

Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objeto comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.

Sendo assim, “quando um indivíduo procede em conformidade com os princípios, geralmente constituídos no povo ou na casta a que pertence, não poderá nunca afirmar-se que ele tenha atuado imoralmente [...]” (GAROFALLO, 1997, p. 14).

Trata-se da forma de ser do Estado, “o espelho da sociedade”, abrigando a sua essência mediante os princípios dela emanados, os quais se tornam a base de todo o ordenamento jurídico positivo.

Atualmente, por possuírem um caráter normativo destacado, as constituições e os próprios princípios constitucionais expressam cada vez mais conteúdos de cunho material de valores e opções políticas que deveriam ser exercidas pelos poderes.

Segundo Hesse (1991, p. 19),

a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (WilleZurMacht), mas também a vontade de Constituição (WillezurVerfassung).

Essa “vontade de Constituição” citada por Hesse seria a vontade de concretização de uma ordem constitucional.

A hermenêutica constitucional, aplicada aos direitos fundamentais, deve atentar-se que a interpretação jurídica desses direitos são regras, princípios e valores constitucionais que ao serem concretizados são pautados na razoabilidade e na proporcionalidade.

Entretanto, é preciso que os operadores do direito façam uma leitura do texto constitucional desprovidos dos vícios advindos da hermenêutica tradicional, que deixa de lado a linguagem²², baseando-se exclusivamente na interpretação da norma.

O princípio da proporcionalidade não está descrito diretamente no texto constitucional, mas encontra guarida na interpretação que se tem por justiça e nos fundamentos básicos de um Estado de Direito, que formam o alicerce da Constituição, sendo um importante instrumento de salvaguarda aos direitos fundamentais, haja vista que serve como obstáculo ao *jus puniendi* do Estado.

Esse princípio constitui uma fonte de direito que visa garantir a conformidade das leis e dos atos administrativos de maneira racional e justa, coibindo excessos, sendo

²²A linguagem é bastante explorada e estudada por Lênio Luiz Streck, porém não é objeto específico dessa pesquisa. Para maior aprofundamento sobre o tema, sugere-se STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

composto pelos seguintes subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SARMENTO, 2003, p. 77).

Esses três subprincípios compõem o princípio da proporcionalidade, sendo oriundos da doutrina constitucional alemã, a qual estabeleceu elementos parciais para a composição do princípio da proporcionalidade, a partir de uma visão estrutural e funcional, e de um método, preconizado por Robert Alexy, baseado no desenvolvimento de etapas (SALOMÃO, 2012, p. 58).

O subprincípio da adequação diz respeito à idoneidade do meio para o atingimento dos fins que o inspiram. Busca-se a análise do meio empregado e a sua alcançabilidade ao fim pretendido. Se há congruência entre meio e fim. Não é analisar se o meio é ou não eficaz àquilo que se presta, mas verificar se este é adequado ou não. Considera-se adequado o meio que fomenta o fim almejado (SALOMÃO, 2012, p. 58).

Nas palavras de Canotilho (1993, p. 383), o subprincípio da adequação significa que “a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”.

Levando-se em consideração emanada anteriormente, o subprincípio da necessidade pressupõe que seja escolhido o meio que seja eficaz e menos oneroso possível, devendo ser aplicado aquele que menos interferir e que seja igualmente adequado, sendo capaz de melhorar a posição de alguém sem qualquer custo para outros (SALOMÃO, 2012, p. 58).

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual, após eleito o meio adequado e necessário para a promoção do fim almejado, fará o sopesamento considerando a ‘lei da ponderação’: ‘quanto maior for o grau de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro’ (SALOMÃO, 2012, p. 59).

Assim, ao analisarmos determinado ato levando-se em consideração o princípio da proporcionalidade é preciso que este seja adequado, necessário e proporcional, realizando uma ponderação entre os demais princípios envolvidos no caso concreto.

Não se concebe que o Estado possa agir sem limites. Sendo assim, “quando manejado com cautela e parcimônia, o princípio da proporcionalidade revela-se um excepcional instrumento para a proteção dos valores constitucionais, sobretudo daqueles não positivados no texto fundamental” (SARMENTO, 2003, p. 78).

Portanto, cumpre à autoridade policial compreender que “em uma democracia, ou pelo menos em uma democracia que em princípio respeita os direitos individuais, todo cidadão tem um dever moral geral de obedecer a todas as leis, mesmo que ele queira que algumas delas sejam modificadas” (DWORKIN, 2007, p. 287).

Não é possível que um Estado Democrático de Direito permita uma política criminal baseada no desrespeito às garantias fundamentais, deixando que autoridades policiais elejam, por conta própria, quem será exposto.

Tal desrespeito vai de encontro às palavras de Bonavides (2004, p. 396) o qual cita ser evidente a

violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência do arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são, por si mesmos, apropriados e/ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.

Normalmente, os políticos não possuem uma ideia clara do problema de polícia, o que é grave, porque não há país sem polícia, já que é uma instituição essencial na vida social moderna (ZAFFARONI, 2012, p. 299).

Entretanto, o que se almeja é fomentar uma discussão sobre o tema, a partir da ótica da legitimidade para aplicação das garantias fundamentais e dos direitos humanos, sabendo que “os direitos individuais devem ser respeitados mesmo à custa de algum ônus para o bem-estar geral” (DWORKIN, 2007, p.265).

O direito à imagem e o direito à honra são garantidos como direitos da personalidade, sendo, portanto de natureza jurídica de direito natural, não necessitando de qualquer norma para fazer-se valer.

Efetivamente, encontramos em Ronald Dworkin algumas premissas filosóficas fundamentais para uma tentativa de justificação filosófica do direito penal no contexto de um Estado Democrático de Direito, essencialmente marcado pelo “fato do pluralismo”, isto é, pela percepção de que nossas democracias contemporâneas assumem como dado inquestionável o fato de que no mundo moderno já não é possível configurar uma ideia substantiva acerca do bem que venha a ser compartilhado por todos.

Como ressaltado, o direito penal brasileiro, historicamente, sempre atuou sobre a violação sistemática dos valores da igualdade e da dignidade, na medida em que muito antes de afirmar-se como instrumento de proteção dos valores essenciais da sociedade, também requerido no contexto de um liberalismo fundado na igualdade, esteve direcionado à gestão da subcidadania, isto é, ao exercício do controle punitivo dos segmentos inferiorizados da população e como guardião específico de uma visão de mundo imposta pelas classes hegemônicas.

Isto porque, as instituições e práticas modernas transplantadas e adaptadas no cenário da modernidade periférica, entre elas, todo o arcabouço do sistema de justiça penal, não foram acompanhadas do consenso valorativo necessário à sua constituição e desenvolvimento eficaz, especificamente a generalização e a universalização dos valores associados à concepção jurídica da cidadania, ou seja, os valores da igualdade e da dignidade humana.

De modo que o presente estudo pretende buscou à lume uma radiografia dessa recepção deficitária das práticas e instituições modernas, percebendo as razões pelas quais há uma passividade social concernente ao espetáculo das prisões.

Nesta linha de ideias, a igualdade e a dignidade humana, percebidas por Dworkin como premissas básicas de qualquer Estado Democrático de Direito, permitem um rígido critério de limitação da intervenção penal na resolução dos conflitos sociais,

resgatando a sua verdadeira função de guardião último dos valores mais fundamentais de uma comunidade pautada no respeito às garantias fundamentais.

A lei não apresenta todas as respostas necessárias para a obtenção da harmonia social, haja vista que a cada dia surge um fato não previsto pelo legislador. Com isso, investido dos poderes advindos do próprio texto constitucional, cabe ao juiz, por ocasião da ocorrência de conflito entre direitos fundamentais, valer-se da nova hermenêutica constitucional e aplicar os princípios constitucionais, em especial o da proporcionalidade, valorizando-se com isso um direito mais humano, fundamentado na dignidade da pessoa humana, esta, cerne da Constituição da República de 1988.

3.5 Colisão de direitos: direito à informação, direito à imagem e à honra

Muitos problemas se interpretam como colisão entre direitos, sendo, então, nada mais do que questões intrínsecas à forma e à essência de um direito.

Quando ocorre o que denominamos de colisão de direitos aparentes é pelo fato de acontecer uma limitação intrínseca e não extrínseca, quando tivesse que aparecer de modo efetivo, um conflito.

Os limites imanes desses direitos só podem ser determinados mediante esforço interpretativo, pois estão, na maioria das vezes, apenas implícitos no ordenamento jurídico.

A regras que devem regular o conflito, no caso de ser a colisão efetiva, devem ser pautadas na harmonização de direitos e, mesmo em ocorrendo a prevalência de um bem em detrimento a outro, somente no caso concreto poderá ser determinada.

Como exemplo, damos a valoração do direito à vida, no caso entre uma gestante e o nascituro, que de acordo com o artigo 128, inciso I do Código Penal²³, estabelece que o aborto pode ser praticado se não houver outro meio de salvar a vida da mãe.

Contudo, a hipótese mais ideal para exemplificarmos é a conformação legislativa de direitos fundamentais com imposição normativa, quanto ao sigilo de dados em confronto com o direito à segurança pública.

Diz o art. 5º, XII da Constituição Federal:

É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Já quando se examina o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/96, regulamentadora da exceção constitucional estabelecido no art. mencionado anteriormente, vê-se a colisão entre a proteção ao sigilo e a apuração de delitos:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Há hipóteses que esses conflitos são solucionados por regras ou princípios. Regra é utilizado como sinônimo de descrição de uma hipótese fática, acompanhada da consequência jurídica decorrente da sua realização. Já o princípio, recebe a interpretação de um valor positivado.

Quando houver conflito entre normas hierarquicamente positivadas, a solução será de início, com a prevalência do direito que estiver protegido pela norma superior.

²³ Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante.

Quando ambos são de mesma grandeza, podem ocorrer duas situações hipotéticas: positivados em normas ou estabelecidos em princípios.

Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.” (CANOTILHO, 2002; p.1253).

Como já foi dito, os direitos e garantias fundamentais compõem o que há de mais substancial em um ordenamento jurídico de um determinado povo. Porém, busca-se dirimir a colisão entre os princípios, ou, um “balanceamento de interesses” (ALEXY, 2003, p. 134), sem que invalide o que tiver de ser preterido, visando uma solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios tem que ceder ante ao outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado há que ser incluída uma cláusula de exceção. O que sucede, mais exatamente, é que, sob certa circunstância um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando afirma que nos casos concretos os princípios tem diferente peso e que prevalece aquele com maior peso. Os conflitos de regras resolvem-se na dimensão da validade; a colisão de princípios – como somente podem encontrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão na validade, na dimensão do peso (ALEXY, 1997, p. 89)

No caso em tela, o mais prudente é aplicar o conhecido como princípio dos princípios, como bem considerou Canotilho: o princípio da proporcionalidade (CASTRO, 2002, p. 102).

Apesar do princípio da proporcionalidade não ter sido positivado expressamente na nossa Constituição Federal, é importante frisar que se encontra implícito no nosso ordenamento jurídico, com igual importância sistemática e axiológica daqueles expressamente positivados.

Pode-se considerar o princípio da proporcionalidade como mais importante até do que o da isonomia, pois permite concretamente a distribuição dos direitos, sendo

que o segundo somente determina a sua extensão geral, dos direitos (CASTRO, 2002, p. 105).

Portanto, entre direitos com interesses individuais e os direitos com interesses coletivos e interesses gerais públicos, de acordo com a função do sopesamento dos direitos, o ideal em conflito é relativizá-los, devendo o julgador harmonizá-los. Deve-se também analisar o âmbito de proteção dos direitos envolvidos, como o objetivo de verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão.

as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática. Não existe, porém, um padrão ou critério de soluções de conflitos de direitos válido em termos gerais e abstractos (CANOTILHO, 2002, p. 1257).

Sobretudo, apesar dos direitos fundamentais serem veiculados normalmente a princípios, não se resolve o problema simplesmente afastando um princípio de outro, mas principalmente fazendo o sopesamento dos valores envolvidos no caso concreto.

Tomando-se por base outra garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal²⁴, qual seja, o princípio da presunção de inocência, o qual também está presente no artigo 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos²⁵ da Organização das Nações Unidas, é possível verificar que a exposição intencional de pessoas, as quais se encontram sob a égide do Estado após a efetivação da prisão cautelar de natureza processual, viola os dispositivos constitucionais do Direito à Imagem e do Direito à Honra, que constam no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal²⁶. Ademais, viola o princípio penal da busca pela verdade real,

²⁴*In verbis*: Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

²⁵Art. 11. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

²⁶*In verbis*: Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

uma vez já prejudicado os direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório, ferindo-se o princípio do devido processo legal.

O artigo 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos²⁷ da Organização das Nações Unidas cita que “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação”.

De acordo com os artigos 20 e 21 do Código Civil²⁸, a imagem da pessoa deve ser preservada, sendo sua vida privada inviolável, cabendo ao juiz, a requerimento do interessado, tomar as medidas necessárias para que não seja ferida essa norma.

Interpretando a exceção prevista no artigo 20 do Código Civil, o qual cita que a imagem da pessoa pode ser utilizada se necessária à administração da Justiça ou à manutenção da ordem pública - após a condenação do acusado, por exemplo – é possível afirmar que tal expressão não autoriza à autoridade policial a expor uma pessoa, na condição de preso cautelar, a um momento vexatório, atingindo sua imagem e sua honra, pois sequer houve o devido processo legal, cerceando-lhe, inclusive, o direito ao contraditório e à ampla defesa e, conseqüentemente, o próprio princípio da dignidade humana, valor máximo assumido pelo legislador constituinte (MOREIRA, 2012, p. 25).

Certamente, deve-se imaginar o quanto difícil, praticamente impossível, a alteração de uma ideia consagrada e pré-concebida que foi amplamente veiculada nos organismos de imprensa, expondo publicamente, casos distorcidos, relatados como reais, exclusivos e absolutos, todavia difamatórios relacionados à imagem e à honra de um cidadão.

²⁷ *In verbis*: Art. 12. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques

²⁸ *In verbis*: Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. *In verbis*: Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Assim, não pode a autoridade policial utilizar-se de argumentos vazios e fora dos ditames do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, visando dar publicidade sobre um fato que ainda passará pelo devido processo legal. “Kant considerava um erro dizer uma mentira, por maiores que fossem os benefícios dela decorrentes, não porque agir assim fomentasse alguma meta, mas simplesmente por tratar-se de um erro” (DWORKIN, 2007, p. 267).

Como salienta Dworkin, “Em qualquer comunidade na qual o preconceito contra uma determinada minoria é forte, as preferências pessoais sobre as quais um argumento utilitarista deve fixar sua atenção estarão saturadas desse preconceito” (DWORKIN 2007, p. 364).

O que se verifica é que a sociedade não se incomoda com o espetáculo²⁹, permanecendo inerte propositalmente, haja vista que “o que não pode contestar-se é que os crimes têm crescido, não só absolutamente, mais ainda em proporção maior que a população” (*sic*) (GAROFALO 1997, p. 120).

Estamos vivendo um Estado Democrático de Direito ou um Estado de Polícia? Eis a questão.

O debate, inequivocamente, é povoado pelo trivial: da banalização festiva da violência decorre a vulgarização rústica da resposta estatal. Observe-se que, em última instância, sob o argumento dos altos custos de manutenção do presidiário, da descrença em sua recuperação, apoia-se veladamente o extermínio. (CARVALHO, 2008, p. XXIV)

Não se sabe se o problema maior da população se encontra na alienação inerente à submissão aos meios oficiais de comunicação ou rede aberta tendenciosa, dentro do contexto sócio-político-econômico atual ou se se trata de um acúmulo de “resíduos tóxicos lançados em massa aos neurônios”, causados pela sobrecarga de informações absorvidas em tempo recorde.

Por outro lado, a justiça cede lugar à vingança, eivada de irracionalidade, esquecendo-se que o fundamento da aplicação de uma punição é a vontade de se buscar uma sociedade melhor e mais segura, porém sem ocorrência de injustiças e

²⁹ Expressão utilizada por Guy Debord na obra “A sociedade do Espetáculo”.

consequências muito superiores e mais terríveis que os males produzidos pelos próprios delitos (BECCARIA, 2006).

Por isso, qualquer medida que venha a resguardar direitos, mesmo que consagrados no texto constitucional, aparenta que se está dando guarida à criminalidade.

No caso de limitação por intervenção jurisdicional, é conveniente destacar dois importantes momentos de atuação restritiva dos órgãos jurisdicionais: na autorização de medidas derogatórias de aspectos dos direitos à imagem e à honra na solução de conflitos entre esses direitos e outro bem, interesse ou direito constitucionais, com prejuízo daquele (BELTRÃO, 2008, p. 14).

No primeiro momento, decorre da própria natureza jurisdicional, devendo, conter-se no âmbito de uma autorização legislativa em que dependa na sua aplicação de um juízo de ponderação prévio à sua concretização (BELTRÃO, 2008, p. 14).

No segundo momento, ou seja, na solução de conflitos entre direitos fundamentais, envolvendo pretensões diretamente basiladas na Constituição, mesmo não havendo lei em sentido formal a disciplinar o assunto, estará o juiz obrigado a ponderar de forma prudente qual direito deve prevalecer (BELTRÃO, 2008, p. 14).

Os conflitos entre a liberdade de informação e o direito à imagem e à honra, devem gozar de um mesmo nível de proteção, *prima facie*, em abstrato, para consoante as circunstâncias do caso, prevalecer uma ou outro (SAMPAIO, 1998, p. 389-390).

O que importa é a atitude invasiva que pode não produzir a responsabilidade do invasor, pelo legítimo exercício de sua liberdade de informar, mesmo que exista veracidade nos fatos. A conduta jornalística, desta forma, não pode transpor os limites do intolerável, abusando de sua liberdade de imprensa (SAMPAIO, 1998, p. 390).

No direito comparado, encontramos dois modelos de solução de conflitos ocorrentes [...]: Modelo de auto-controle – A própria imprensa aplica um Código de Ética, como oportunidade para mídia exercer um efetivo auto-

controle de suas atividades, sem a intervenção do Poder Público. As sanções se resumem na obrigação imposta ao jornal ou revista envolvida de publicar a decisão tomada. Os resultados não são muito satisfativos no entanto, despertando nova onda de relatórios parlamentares a favor da adoção de um controle externo, sobretudo para salvaguarda da privacidade dos cidadãos; Modelo de controle externo – realizado por entidade governamental, administrativa ou judicial. Este, pode ainda ser apenas repressivo, reduzindo, no caso ilícito, a perdas e danos; ou preventivo, admitindo apreensão de material jornalístico atentador da intimidade (é possível conjugar ambas as hipóteses) (SAMPAIO, 1998, p. 394-395).

No tocante à intimidade e o acerto judicial da verdade, em muitos casos, o interesse público do esclarecimento da verdade cruza com o direito à intimidade de uma das partes em questão, ou até de terceiros. Não podemos estabelecer uma regra geral de prevalência do interesse da Justiça sobre o interesse individual, senão examinar as particularidades de cada caso, de acordo com a lei de ponderação de bens (SAMPAIO, 1998, p. 396).

A mídia se utiliza do discurso que estão no exercício regular do direito de informar, apresentando indivíduos como criminosos sem, em muitos casos, sequer ter acesso ao inquérito policial e cometem erros irreparáveis, como por exemplo, o caso da Escola Base em São Paulo³⁰, onde pessoas foram “condenadas” pela sociedade após ser instaurado um cenário midiático do suplício.

Após a conclusão das investigações, ficou comprovado que aquelas pessoas não tinham cometido nenhum crime, porém, sofreram a pior das condenações possíveis: a execração social.

Isso somente foi possível por que, constantemente, as autoridades policiais acabam se valendo do poder de polícia que possuem para exibir como troféus pessoas que se encontram na condição de investigados, muitas vezes com fins políticos de se promoverem.

³⁰ Em 1994, donos de uma escola e motorista que prestava serviço de transporte escolar foram acusados pela polícia de abuso sexual; vários veículos de imprensa foram condenados a pagar indenização por veicularem tais notícias sem qualquer preocupação com os envolvidos. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2610200609.htm>. Acesso em 01 out. 2013.

O espetáculo ganha forma com o mau uso dos meios de comunicação, e as informações chegam à maioria da população de forma distorcida, assim, a cognição torna-se precária, desprovida da realidade.

Em agosto de 2011, a Polícia Federal desencadeou uma operação policial denominada “Operação Voucher”, que investigava desvio de recursos do Ministério do Turismo.

Sem explicações, fotos de suspeitos sem camisa e segurando placas de identificação foram publicadas em um jornal de grande circulação no Estado do Amapá e difundidas em diversos meios de comunicação.

Após os fatos o Ministro da Justiça Eduardo Cardozo declarou que “a apuração é necessária no caso das fotos. Não podemos aceitar que presos submetidos à prisão de qualquer natureza possam ter sua imagem exposta daquela maneira.” Para o Ministro, o caso representa uma ofensa à garantia de direitos expressa na Constituição federal³¹.

A sociedade passa a se tornar um teatro onde presentes estão atores, organizadores e plateia, sem compreenderem o que de fato é real. Daí ser tão comum o surgimento de bodes expiatórios através da criminologia midiática.

É compreensível que “a sociedade não pode conservar-se espectadora passiva de atos criminosos, mesmo leves, porque lhe corre a obrigação de proteger a vítima [...]” (GAROFALO, 1997, p. 247), mas, por conta disso, também não é razoável que, simplesmente, se deixe de lado os preceitos de um Estado de Direito e se despreste o princípio da dignidade humana, igualando-se o erro.

Para tanto, se necessário, baseado nos liames da dignidade humana, nos preceitos constitucionais e nos ditames de um Estado Democrático de Direito, deve-se

³¹ AQUINO, Yara. **Ministro da Justiça promete punir abuso de poder e ilegalidade em operações policiais**. Agência Brasil. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-08-15/ministro-da-justica-promete-punir-abuso-de-poder-e-ilegalidade-em-operacoes-policiais>. Acesso em: 25 out. 2013.

aguardar um julgamento justo, conduzido pela autoridade judiciária, a qual detém os poderes legais concedidos pela Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos efetuados nos levam a considerar que os direitos fundamentais constitucionais receberam no texto constitucional os direitos da personalidade, muito bem conceituado como aqueles inerentes à pessoa humana, válido em qualquer tempo e a todos.

Dentre os direitos fundamentais constitucionais temos o direito à cidadania, direito sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos pertinentes à identidade pessoal e os de liberdade, tais quais a liberdade de expressão e liberdade de imprensa.

Os direitos da personalidade podem ser considerados como fundamentais constitucionais, a partir do momento em que foi recebido e estatuído constitucionalmente.

Deve-se levar em consideração o fato de que os direitos à honra e à imagem têm, formalmente, a natureza jurídica de direitos fundamentais, tendo em vista estarem constitucionalizados no capítulo I da Constituição Federal, os quais, uma vez violados, atingem diretamente a identidade, bem como a dignidade da pessoa humana.

Toda essa qualificação decorre da adoção de critério material em razão de serem tais direitos, como de grande relevância na consciência e cultura jurídicas da sociedade. Motivo que enseja numa garantia reforçada para sua proteção, inclusive com previsão constitucional de impedimento de deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a aboli-los.

Entretanto, como todos os direitos, sempre haverá um limite, sendo eles podados pelos limites legais e naturais. A intenção é fazer com que o interesse privado, como os direitos individuais, não prejudique o interesse público, como os direitos coletivos. Isto faz com que o interesse público supere o do indivíduo quando a causa for a manutenção da ordem social.

Os limites em tela são *numerus clausus*, pois se tratam de princípio geral do direito, permitindo que se abram exceções a regras gerais, ou os restringindo, só abrangendo os casos que especifica.

O conflito entre normas que porventura exista, por envolver direitos do mesmo grau, deve ser solucionado com fundamento em princípios, como por exemplo o princípio da proporcionalidade.

Entretanto, em um conflito de normas e seus limites, essa ponderação deve ser analisada por um Juiz, que, ao aplicar a norma, necessita exarar um juízo de valoração para identificar, no caso concreto, a supremacia de um bem sobre o outro, ficando claro que a autoridade policial não possui amparo legal para julgar tais situações.

Como ensina Carvalho (2008, p.5) “a efetividade desses direitos somente é possível se houver instrumentalidade processual (garantista), se o artesão do direito possuir conhecimento mínimo para exigir a prestação jurisdicional”.

Os limites que são dados ao magistrado, administrador que pratica o ato discricionário, ao interpretar o ordenamento jurídico, não está livre para estabelecer o que bem quiser. O limite já mencionado lhe será concedido não só pelos princípios constitucionais expressos, mas também os implícitos, como no caso da proporcionalidade.

É preciso que a sociedade saia da inércia do silêncio e compreenda a necessidade de garantir que haja um julgamento justo de pessoas que cometem crimes, pois ao se dar azo à imprensa sensacionalista, fomentando o espetáculo penal, o que ocorre é uma violação às outras garantias processuais, onde as pessoas são previamente condenadas pela opinião pública, ferindo sua presunção de inocência e o direito do contraditório e da ampla defesa.

Nos moldes atuais, o que se percebe é o direito penal do inimigo sobressaindo-se cada vez mais ante as garantias fundamentais, devidamente apoiado pela sociedade que, sedenta por vingança, aceita passivamente o espetáculo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito a própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2008.

ALEXY, Robert. **Constitutional rights, balancing and rationality**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Ratio Juris, v.16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AQUINO, Yara. **Ministro da Justiça promete punir abuso de poder e ilegalidade em operações policiais**. Agência Brasil. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-08-15/ministro-da-justica-promete-punir-abuso-de-poder-e-ilegalidade-em-operacoes-policiais>. Acesso em: 25 out. 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. J. Cretella Jr; Agnes Cretella. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direito da personalidade à intimidade**. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Ano I – n. 1 – Junho 2008. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34767/cap09.pdf/04061934-de43-437e-a2a4-9a68947dafa0>. Acesso em: 20 out. 2013.

BILBAO UBILLOS, Juan María. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudência del Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

_____. **Os Direitos Humanos e a Democracia**. In Direitos Humanos como Educação para a Justiça. Reinaldo Pereira e Silva (org). São Paulo: LTr, 1998.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal da República**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o código civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 set. 2013.

CARPINTERO, Francisco. **Persona humana y persona jurídica**. In: CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi.(org). *Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2008.

CASTAÑEDA, Ilma M. Hoyos. **Entre la natureza y la dignidade**. In: CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi.(org). *Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO. Thiago Fabres de. **Direito penal do inimigo e o direito penal do homo sacer da baixada: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro**. Revista de estudos criminais. ano VII. n. 25. São Paulo: Fonte do Direito, 2007.

CASTRO, Mônica Neves da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros Direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. São Paulo: Cortez, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O renascer do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1989.

DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

GAMA, Janete Gonçalves de Oliveira. **Direito à informação e direitos autorais: desafios e soluções para os serviços de informação em bibliotecas universitárias**. Campinas: PUC-Campinas, 2008. Disponível em: www.bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=422. Acesso em 19 out. 2013.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. São Paulo: Piaget, 1997.

GAROFALO, Raul. **Criminologia**. Campinas: Péritas, 1997.

GERBER, Daniel. **Breves considerações sobre o flagrante**. In: Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Salo de Carvalho (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004).

GRAU, Eros Roberto, **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de Direitos Humanos**. v I. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KROHLING, Aloisio. **Direitos humanos fundamentais, diálogo intercultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. vol. IV. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 36. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Reale advogados associados. Rio de Janeiro, ago.2008. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br>. Acesso em: 12 set. 2013.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário & direito à Intimidade**. Curitiba: Juruá, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SAHM, Regina. **Direito à imagem no direito civil contemporâneo: de acordo com o novo código civil, Lei n 10.406, de 10-1-2002**. São Paulo: Atlas, 2002.

SALOMÃO, Saulo Salvador. **A proporcionalidade em Alexy: superando o positivismo ou coroadando o decisionismo?**. Revista da faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso alegre, v. 28, n. 2, jul/dez. 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais. n. 48. Coimbra. Jun, 1997

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Emanuel Luiz Souza e. **Condenados às galés**. Revista de história.com.br. Disponível em: <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos/condenados-as-gales>. Acesso em: 12 ago 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo: (até a Emenda Constitucional n. 31, de 14.12.2000)**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: Centro de Estudos, Edição especial em comemoração aos 10 anos da Constituição Federal, p.159-185, set. de 1998. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes8.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

TAYLOR, Charles. **A política do reconhecimento**. In: Argumentos filosóficos. Trad. Adail U. Sobral. São Paulo, Loyola, 2000.

_____. **La política del reconocimiento**. In: Taylor, C. El multiculturalismo y la política del reconocimiento. Trad. Monica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

TOBEÑAS, Jose Castan. **Los derechos del hombre**. 4. ed, Madrid: Reus S/A, 1992.

WACQUANT, Louic; DURÃO, Susana. **O corpo, o gueto e o estado penal: entrevista com Louic Wacquant.** Revista do centro em rede de investigação de antropologia. *Etnográfica* [Online], vol. 12 - 2008. Disponível em: <http://etnografica.revues.org/1811>. Acesso em: 14 ago 2013.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; REP, Miguel. **La cuestión criminal.** 4. ed. Buenos Aires: Planeta, 2012.