

FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

SÉRGIO RICARDO DE SOUZA

**COLISÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
INVESTIGADA E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO
JORNALÍSTICA: PROPOSTA DE SOLUÇÃO LASTREADA
NO CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO DE VALORES, ATRAVÉS
DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

Vitória
2004

SÉRGIO RICARDO DE SOUZA

**COLISÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
INVESTIGADA E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO
JORNALÍSTICA: PROPOSTA DE SOLUÇÃO LASTREADA
NO CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO DE VALORES, ATRAVÉS
DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
FDV, como exigência parcial para obtenção do título
de Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais,
sob a orientação do Prof. Dr. Angel Rafael Mariño
Castellanos.

**Vitória
2004**

SÉRGIO RICARDO DE SOUZA

**COLISÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
INVESTIGADA E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO
JORNALÍSTICA: PROPOSTA DE SOLUÇÃO LASTREADA
NO CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO DE VALORES, ATRAVÉS
DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.**

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. Angel Rafael Mariño Castellanos
Orientador**

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Vitória, ___ de _____ de 2004.

"A liberdade de imprensa não é um fim em si mesma, mas um meio para a obtenção de uma sociedade livre".

Felix Frankfurte, Ex-juiz da Suprema Corte dos EUA.

A Lili e aos meus filhos Sérgio Ricardo e Michelle Cristina, na expectativa de poder compensar os momentos de lazer, de diálogo e de presença, dedicados à presente pesquisa, e com a esperança de que compreendam essa ausência como a necessária decorrência da busca pelo aperfeiçoamento profissional e humano, com vistas a contribuir para a formação de um mundo melhor destinado às futuras gerações.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor-Doutor Angel Rafael Marino Castellanos, pela árdua luta em prol da indicação de novos paradigmas para a pesquisa jurídica, além dos estreitos horizontes do formalismo positivista.

Ao saudoso Professor-Doutor Renato Pacheco, por ensinar que sempre há tempo para sonhar e para realizar e que as realizações intelectuais são eternas.

Especial manifestação de apreço aos Professores Doutores Aloísio Krohling, Carlos Henrique Bezerra Leite, Daury César Fabris, Erly Euzébio dos Anjos, Geovany Cardoso Jevaux e José Roberto dos Santos Bedaque, sempre prontos a espriar as luzes dos seus vastos conhecimentos científicos, sem descurar da simplicidade e do companheirismo.

À Diretoria, ao Corpo Docente e à Coordenação de Mestrado da FDV, pela dedicação e incentivo.

RESUMO

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que representa a síntese do pensamento e dos valores dominantes em diversos segmentos da sociedade brasileira que se faziam representar entre os constituintes, o ordenamento jurídico pátrio foi enriquecido pela inclusão de diversos princípios, os quais, em certas situações, entram em rota de colisão quando exercidos simultaneamente, como se verifica em relação ao tema ora desenvolvido, que aborda a prática que vem se tornando comum nos meios policiais e de imprensa, consistente na divulgação do nome ou da imagem da pessoa humana apontada como suspeita da autoria de uma infração penal, seja durante ou mesmo antes da instauração do respectivo inquérito policial, sob a alegação de que esta prática encontra-se amparada pela Liberdade de Informação Jornalística. Entretanto, essa divulgação pode se mostrar afrontosa à dignidade da pessoa humana do investigado, à medida que não esteja presente o relevante interesse público na divulgação desses dados componentes da personalidade do investigado, instaurando-se uma verdadeira colisão entre valores protegidos por princípios inseridos na Constituição de 1988, que encontra solução na utilização no critério da Ponderação de Valores, através do Princípio da Proporcionalidade, nos moldes desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e teorizada naquele país principalmente por Karl Larenz, Roberty Alexy e no Estados Unidos da América por Ronald Dworkin. Concluindo-se que, presente o interesse público na divulgação, prevalecerá a Liberdade de Informação Jornalística, mas, caso ausente esse interesse, deverá prevalecer a proteção à Dignidade Humana da Pessoa Investigada, propiciando-se a divulgação do fato, sem referência aos dados qualificativos do suspeito, na forma preconizada no art. 143 da Lei nº 8.069 de 1990, com vistas a garantir o núcleo essencial do princípio afastado e a evitar o seu sacrifício total.

ABSTRACT

With the arrival of the Brazil Federative Republic Constitution of 1988, that represents the knowing synthesis and the dominant values in several Brazilian society segments that were representative to the representatives, the patriotic juridical ordering was enriched by the inclusion of several principles that in some situations enter in collision route, when they are practiced in the same time, as can be verified in connection with the developed theme that focuses the practice in which is becoming more and more usual nowadays by both members of the Police force and the press. It refers to exposing the name and/or the image of Citizens, still during the process of accomplishment of the formalities in law, or even before the establishment of a police inquiry, under the allegation that this practice is fully supported and granted by the freedom rights of the Press and the journalistic information. Nevertheless, this exposure can be offensive to the accused person's dignity, because in some cases, there is no proof of relevant public interest in the disclosing and exposition of those information that deals with the defendant personality. This matter carries a real collision with what is worth (people's values, protected by constitutional principles inserted on the 1988 Brazilian Constitution (The Citizen Constitution), that founds the solutions to give guarantee to people rights with the utilization of values ponderation, through Weighing of Values, based on the Principle of Proportionality, developed and supported by the German Constitutional Court precedents and theorized in that country, mainly by Karl Larenz and Robert Alexy and in the United States of America by Ronald Dworkin, therefore allowing to the conclusion that, when there is evidence of public interest in the propagation, then Liberty for Journalistic Information must prevail. On the other hand, when this interest is not properly shown, protection to Human Being Under Investigation's Dignity will prevail, and the treatment which ought to be given is to allow the divulgation of the fact, without any reference to any characteristics or personal data of the indicted, or suspected, as provided and determined by Law number 8.069, from 1990.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	18
1.1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA VISÃO FILOSÓFICA OCIDENTAL	18
1.2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA GRÉCIA ANTIGA	22
1.3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA FILOSOFIA CRISTÃ	27
1.4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA VISÃO FILOSÓFICA MODERNA	32
1.4.1. A Dignidade da Pessoa Humana no Pensamento Kantiano	33
1.5. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DOS DIREITOS HUMANOS.....	37
1.5.1. A Contribuição da Magna Charta Libertatum para a Institucionalização dos Direitos Humanos.....	39
1.5.2. A Contribuição do Bill Rigths para os Direitos Humanos	41
1.5.3. A Contribuição das Declarações de Direitos Norte-Americanas para o Reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana	43
1.5.4. A Contribuição da Declaração Francesa para o Reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana.....	46
1.5.5. A Contribuição da Declaração Universal dos Direitos Humanos para o Reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana	48
1.6. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO COMPARADO.....	51
1.7. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998.....	56
1.8. DIREITO A PROTEÇÃO AO NOME, A IMAGEM E A HONRA, COMO REFLEXOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA HUMANA.....	59
1.8.1. O Nome do Elemento da Personalidade.....	61
1.8.2. O Direito à Imagem como Elemento da Personalidade	63
1.8.3. O Direito à Honra como Elemento da Personalidade.....	69
2 ORIGEM DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A SITUAÇÃO JURÍDICA DO SUSPEITO OU INVESTIGADO	74
2.1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA GRÉCIA E EM ROMA	79
2.1.1. Do Sistema Inquisitório Romano ao Medieval.....	82
2.2. O SISTEMA INQUISITÓRIO E AS INVESTIGAÇÕES EM PORTUGAL E NO BRASIL COLÔNIA	84
2.2.1. A Investigação Criminal no Sistema Processual Penal do Império Brasileiro.....	88
2.3. A ORGANIZAÇÃO DA POLÍCIA BRASILEIRA.....	92
2.4. A ORIGEM LEGISLATIVA DO INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL	93
2.4.1. Definição e Finalidade do Inquérito Policial.....	94
2.4.2. Atuação da Autoridade Policial	96
2.4.3. Indiciamento no Inquérito Policial.....	97
2.4.4. O Sigilo e suas Dimensões	102
3 O PAPEL DA LIBERDADE DA IMPRESSA.....	106
3.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO SURGIMENTO DO ESTADO SOCIAL E DA EVOLUÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO.....	108
3.2. A ORIGEM DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E EXPRESSÃO.....	110
3.3. O DESENVOLVIMENTO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA NO BRASIL	112
3.4. AS DIMENSÕES DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA.....	117
3.5. O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E A RELAÇÃO COM O PODER JUDICIÁRIO	119
3.5.1. Práticas da Mídia que Afrontam a Dignidade da Pessoa Humana	125

4	A COLISÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA INVESTIGADA E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA	128
4.1.	FISIONOMIA DA COLISÃO.....	128
4.2.	SITUAÇÃO COLIDENTE E SUA CLASSIFICAÇÃO.....	130
4.3.	PRINCÍPIOS, NORMAS E REGRAS	132
4.4.	CONSEQUÊNCIAS DOS CONFLITOS ENTRE REGRAS E DAS COLISÕES ENTRE OS PRINCÍPIOS.....	137
5	A PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA DIRIMIR A COLISÃO APONTADA	142
5.1.	A ORIGEM DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE.....	149
5.1.1.	O Princípio da Personalidade e a sua Positivção no Ordenamento Constitucional Brasileiro	150
5.2.	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE	154
5.3.	A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA A SOLUÇÃO DA COLISÃO.....	161
5.3.1.	Tutela Jurisdicional não se Confunde com Censura Prévia	165
	CONCLUSÃO	175
	RECOMENDAÇÕES	178
	REFERÊNCIAS	179

INTRODUÇÃO

A escolha do tema tratado na presente pesquisa deve-se à situação de perplexidade do autor, diante das constantes matérias divulgadas pela mídia, relativas a fatos que envolvem as mais diversas pessoas, na condição de suspeitas ou indiciadas, expondo de forma clamorosa o nome, a imagem e a pela própria honra, terminando por, não raro, afrontar os direitos humanos vinculados à personalidade do investigado.

O sensacionalismo utilizado por grandes programas jornalísticos de alcance nacional, como servem de exemplo o “Cidade Alerta”, da Rede Record, o “Repórter Cidadão”, da Rede TV, o “Brasil Urgente”, da Rede Bandeirantes, dentre outros, mostram a violência como um espetáculo cotidiano que pode gerar entretenimento e audiência, não hesitando em dar uma ênfase espetacular a fatos relativos a furtos, roubos, homicídios, tráfico de substâncias entorpecentes e outros, preferencialmente com uma abordagem direta do suspeito no momento da prisão, submetendo-o a um interrogatório prévio e transmitido, via satélite, para milhões de pessoas, com ou sem o seu consentimento.

Em face da proliferação desse modelo de programa jornalístico, ganha relevância a necessidade de discussão do tema da Dignidade Humana da Pessoa Investigada – entendida esta como a pessoa que se apresenta como suspeita ou mesmo indiciada, haja vista que o nosso Código de Processo Penal se vale dessas formas para designar, indistintamente, essas duas espécies do gênero investigado - diante da Liberdade de Informação Jornalística, com vistas a se alcançar o objetivo de manter em alerta a Comunidade Jurídica contra esse descalabro, propiciando a constante alusão ao tema e o seu aperfeiçoamento.

A designação Liberdade de Informação Jornalística merecerá a preferência para designar essa espécie derivada do direito de liberdade, com vistas a propiciar um alcance mais abrangente do que liberdade de imprensa e de menor latitude do que o termo mídia, para evitar possíveis críticas ou mesmo confusões terminológicas

reducionistas, propiciando, também, submeter ao crivo do debate a programação da televisão, além da forma tradicional de imprensa, que vem a ser a divulgação de notícias por meio de jornais, revistas e similares, procurando-se, com esse método de análise da liberdade de informação em sentido lato, enfatizar as matérias que, sob o manto da cobertura jornalística, utilizam-se de marketing sensacionalista para alcançar um maior índice de audiência ou de vendas.

Releva observar que esse tipo de exposição feita pelos meios de informação jornalística, não raro se faz acompanhar de um juízo de valor acerca do fato praticado, transmitindo aos leitores e telespectadores, uma opinião já formada acerca da culpa ou da inocência do investigado, isso já no limiar das investigações, onde muitas vezes a pessoa não ultrapassa a mera condição de suspeita, o que propicia a formação de juízos equivocados acerca do apressado "julgamento", com consideráveis prejuízos para os direitos humanos da pessoa investigada, sujeita a sofrer uma injusta acusação, principalmente quando esta não se confirma ao final da apuração preliminar, ou mesmo durante a persecução judicial.

Alguns casos se apresentam como paradigmáticos como o famoso caso que envolveu a massiva divulgação de que os proprietários da Escola de Base, em São Paulo, estariam promovendo abusos sexuais contra as crianças que estudavam naquele estabelecimento, sendo que, com o aprofundamento das investigações, concluiu-se pelo total equívoco daquela suspeita inicial, o que levou ao arquivamento os autos do inquérito policial, a requerimento do Ministério Público e com o aval do Poder Judiciário, mas não apagou a nódoa moral imposta à honra daquelas pessoas humanas apontadas como "culpadas" pelos meios de informação jornalística.

Situação, também, difundida em nível nacional, foi a suposta utilização de areia retirada da praia, na construção dos edifícios que ruíram, na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, no denominado "caso Naya", informação esta que após ganhar destaque especial, na fase inicial das investigações, quando ainda se buscava apurar a existência de possível delito criminal e sua respectiva autoria, ou seja, na fase inquisitorial ou de investigação extrajudicial, terminou por não se confirmar ao final das investigações e na fase judicial ou processual, pelo menos no que diz respeito à

responsabilidade criminal do então Deputado Federal e proprietário da construtora responsável pela obra.

Situações tais, por atentarem diretamente contra os direitos humanos do investigado e constituírem uma real e constante ameaça a todos, pois qualquer indivíduo está sujeito a ser confundido com o autor de uma suposta ação criminosa, estão a merecer um estudo mais aprofundado, em nível acadêmico, visando apresentar sugestões e soluções que auxiliem a por cobro a esse estado de coisas, que culmina em desrespeito à dignidade da pessoa humana, a qual se constitui em fundamento da República Brasileira (CF, art. 1º, III) e, antes disso, foi erigida a um dos valores essenciais da própria existência do Estado Brasileiro, no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, já que não é possível se alcançar um Estado Democrático, cuja destinação é assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, sem que haja efetivo respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesta pesquisa, direciona-se o foco para a questão específica do investigado na fase pré-processual, no Sistema Processual Penal Brasileiro, ou seja, delimita-se o enfoque para aquela pessoa em relação a quem se tem a suspeita ou mesmo indícios de ser o autor de uma possível conduta delituosa, mas que ainda não foi denunciado pelo Ministério Público ou acionado pelo Querelante - e que é tratada indistintamente pelo Código vigente como indiciado, não obstante se trate de situação em que o inquérito sequer tenha sido ainda instaurado - e, mesmo assim, tem a sua imagem e o seu nome divulgados pela mídia, tornando pública aquela suspeita então existente contra ele, sem observar a garantia constitucional ínsita no princípio da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Os meios responsáveis por tais divulgações, mesmo quando reconhecem a ocorrência de certos excessos, buscam amparo na Liberdade de Informação Jornalística, para justificar a divulgação dos fatos que entendem ser delituosos, bem como da imagem ou de dados característicos daquela pessoa indicada como suspeita – que só possivelmente se tornará indiciada - não aceitando a limitação de

suas atividades, sob a argumentação de que estão agindo em benefício da Sociedade, contribuindo na investigação e na indicação do culpado.

Propõe-se esta pesquisa a demonstrar que em várias situações, havendo o integral exercício da Liberdade de Informação Jornalística, prejudicada restará a Dignidade Humana da Pessoa Investigada, ao passo em que também o ilimitado exercício da proteção aos direitos inerentes à personalidade do investigado, poderá, em determinados casos, importar na limitação abusiva daquela liberdade, necessária se fazendo a intervenção Jurisdicional, com o intuito de estabelecer, com base no Critério da Ponderação, através da Proporcionalidade, qual o valor que deve ser preservado no caso concreto, que configura a denominada colisão de valores.

Assim, a pesquisa direciona-se a verificar a possibilidade dogmática de se alcançar a justa solução para a colisão entre a Dignidade da Pessoa Humana Investigada e a Liberdade de Informação Jornalística, nos casos relativos a investigação pré-processual de fatos de natureza criminal, através da utilização do critério da Ponderação, valendo-se do Princípio da Proporcionalidade, com vistas a não se permitir o uso abusivo de um dos valores reconhecidos Constitucionalmente e tampouco o cerceamento desnecessário dos mesmos.

Em um enfoque subsidiário, pretende-se também apresentar solução para a tormentosa crítica feita por parte dos profissionais da imprensa, os quais acusam o Poder Judiciário de estar afrontando a Liberdade de Informação Jornalística e impondo uma injustificável censura, quando, a pedido da parte interessada, concede tutela proibitiva da divulgação de fatos, imagens ou dados que possam nodoar os direitos de personalidade da pessoa humana investigada, o que se apresenta como um sub-problema dentro do debate principal, a colisão entre o valor decorrente da Dignidade da Pessoa Humana e aquele valor vinculado à Liberdade, dos quais derivam a Dignidade Humana da Pessoa Investigada que tem a proteção de sua personalidade afetada no aspecto honra e a Liberdade de Informação Jornalística.

Diversos autores brasileiros e estrangeiros já trataram do tema envolvendo a Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade, mas esses pesquisadores não fizeram a abordagem com o foco específico na pessoa investigada na fase pré-

processual, ou seja, a fase delimitada entre a ocorrência do fato delituoso e o término das investigações preliminares, ocorridas fora do âmbito judicial, com o objetivo de apurar a autoria e reunir elementos que permitam demonstrar a ocorrência fática e material do evento, para o posterior ajuizamento da ação penal respectiva, estando esta pesquisa dirigida exatamente a essa questão tão relevante, mormente porque é nela que mais se afiguram os abusos dos chamados programas jornalísticos e reportagens sensacionalistas, que sobrevivem através do desrespeito à dignidade dos seres humanos que se encontram sob suspeita da prática de infrações penais.

Apresenta-se, assim, um problema relevante que consiste em analisar a necessidade de proteção à Dignidade Pessoa Humana Investigada, quando esta se vê diante da possibilidade de ter o seu nome ou a sua imagem divulgados pelos meios de comunicação de massa e, no mesmo contexto, proteger-se também a Liberdade de Informação Jornalística, vista como um reflexo do valor Liberdade e que não deve, a princípio, sofrer cerceamento desnecessário.

A proposta de solução desse problema passa pela utilização do critério de ponderação de valores, vinculado ao princípio da proporcionalidade, na forma desenvolvida por teóricos como Robert Alexy¹ e Ronald Dworkin², dentre outros, utilizando-se inclusive a experiência da Jurisprudência alemã e também da brasileira, como forma de alcançar uma solução razoável para a identificação, no caso concreto, de qual dos valores deve ser preservado, diante desse fenômeno que os doutrinadores já citados identificam como sendo uma colisão de princípios.

A metodologia utilizada baseou-se em estudos dogmáticos presentes no direito comparado e técnica de revisões documentais e especificamente em jornais, revistas e textos publicados na Internet, bem como a bibliográfica, que permitiu uma ampla visão doutrinária sob o tema, bem como a análise das propostas de solução para a colisão de princípios constitucionais apresentadas pela doutrina brasileira e pela estrangeira já referenciada, com ênfase ainda para a obra de José Joaquim

¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Gomes Canotilho³.

A abordagem dar-se-á em cinco capítulos, sendo que no primeiro capítulo faz-se uma incursão pelo princípio da dignidade da pessoa humana e o seu alcance como princípio-base do regime democrático brasileiro e, embora sem a intenção de esgotar o assunto - que se mostra complexo e cada vez mais empolgante à medida em que se aprofunda a pesquisa - procura-se demonstrar que os direitos da personalidade do investigado no sistema processual penal brasileiro, em particular o seu nome, a sua imagem e a sua honra, recebem proteção constitucional e são reflexos diretos da sua própria dignidade enquanto pessoa humana.

O segundo capítulo encontra-se reservado à demonstração da origem histórica da investigação criminal e de sua evolução, permitindo essa perspectiva histórica uma melhor compreensão acerca dos fatores que influenciaram no modelo atual de investigação brasileira – o inquérito policial - cuja implementação ocorreu no final do século XIX, através da Lei 2.033, de 1871 e dali migrou para o atual Código de Processo Penal, sem grandes mudanças conceituais.

O terceiro capítulo se destina a demonstrar a origem da Imprensa e a evolução dos meios de comunicação, além do reconhecimento das liberdades que hoje são vinculadas a ela, bem como o relevante papel que os meios de comunicação desempenham no regime democrático, exercendo uma atuação que tem levado alguns setores a considerar a Mídia em um sentido geral, como um verdadeiro Poder, o quê, embora sem uma sustentação na Teoria do Estado, termina por influenciar diretamente na formação da opinião pública e também na atuação dos Poderes estatais propriamente ditos e decorrentes da tripartição das funções proposta por Montesquieu.⁴

No quarto capítulo avalia-se o entrelaçamento do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no que concerne especificamente a pessoa humana investigada na fase pré-processual vigente no Brasil e a Liberdade de Informação Jornalística, quando

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

⁴ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

esta é exercida no sentido de divulgar o nome ou a imagem daquele, através de jornais escritos, de revistas e de programas transmitidos pela televisão.

No quinto capítulo é apresentada a ponderação de valores como meio de equacionar a referida colisão, por meio da proporcionalidade, como preconizado pelos juristas estrangeiros já referenciados, além pelos brasileiros Daniel Sarmento⁵, Gilmar Ferreira Mendes⁶, Luis Roberto Barroso⁷, Paulo Bonavides⁸, Willis Santiago Guerra Filho⁹, dentre outros que se aprofundaram no estudo do tema e constam das citações das referências.

A parte final destina-se às conclusões desta pesquisa, com o precípuo objetivo de agregar ao espinhoso estudo da matéria, mais esta pesquisa acadêmica, ampliando e incentivando o debate desse árido tema, que por versar sobre valores da maior importância para o desenvolvimento do ser humano, seja enquanto indivíduo, seja enquanto membro de uma coletividade, dentro deste País, que amarga lembranças de um passado recente tenebroso no que concerne aos direitos humanos de seu povo.

Encontra-se consignado nas conclusões que o critério da Ponderação, através da Proporcionalidade é eficaz na tarefa de solucionar a colisão entre a Dignidade da Pessoa Humana Investigada e a Liberdade de Informação Jornalística, podendo dele valer-se o Poder judiciário, ao enfrentar tais situações, desde que o faça sem olvidar de que a restrição deverá ser aplicada nos estritos limites em que se fizer necessária, sendo acompanhada sempre de fundamentos de fato e de direito que lhe dêem sustentação.

⁵ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁹ GUERRA FILHO, **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA VISÃO FILOSÓFICA OCIDENTAL

Árdua se apresenta a tarefa de apresentar uma definição ou conceito do que venha a ser dignidade da pessoa humana, mas desde já é possível perceber que essa definição não será útil se não deixar clara a convergência existente entre a noção de dignidade, de vida e de humanidade, onde a vida do (ser) humano só obtém verdadeiro sentido se desfrutada com dignidade, já que o homem não é somente um ser dotado de liberdade em seus diversos aspectos, mas também e principalmente uma pessoa dotada de individualidade e de necessidade de respeito aos valores alusivos a própria condição.

Apesar dessa sua característica essencial, de ser dotado de valores individuais ínsitos à sua natureza humana, o homem é um ser gregário e não prescinde da convivência em grupo, conforme se apura ao longo da existência da raça humana, razão pela qual, nessa convivência com os seus semelhantes, para alcançar a sua auto-realização, o homem precisa ter respeitados aqueles valores ínsitos à sua dignidade, sob pena de ver usurpada essa sua condição essencial de existência com dignidade e passar a viver como um ser de somenos importância perante si próprio e a seus semelhantes, pois quando um ser humano não pode desenvolver-se singularmente – enquanto indivíduo – vem a ser violentado em relação ao núcleo essencial de sua humanidade e personalidade.

Dentro dessa percepção, onde o ser humano é apresentado como detentor de individualidade, mas também como membro necessário de uma comunidade de outros seres detentores de igual individualidade, é possível apresentar como definição de dignidade da pessoa humana, uma idéia, passível de críticas e de aperfeiçoamento, onde o termo significaria o respeito a um conjunto de valores que propiciem a cada ser humano conviver em sociedade usufruindo dos direitos

inerentes a sua personalidade, até o limite em que o exercício desses direitos venham a colocar em risco a possibilidade dessa convivência harmônica.

Apresentada, então, como definição de dignidade da pessoa humana essa sua condição de ver considerado um conjunto de valores que propiciem o respeito a sua personalidade e individualidade, até o limite em que o exercício dos direitos vinculados a esses valores não coloquem em risco a convivência harmônica com os seus semelhantes, têm-se que reconhecer que a dignidade da pessoa humana representa um conjunto de valores inerentes a todos os membros da raça humana e que essa é a dimensão em que deve ser concebida, para viabilizar uma proteção que abranja a relação “indivíduo-indivíduo” e também “Estado-Indivíduo”.

Diante dessa concepção, a própria dignidade da pessoa humana se coloca como um valor superior, servindo mesmo para justificar o reconhecimento de diversos outros valores e garantias que juntos formarão a armadura dos direitos humanos destinados à proteção individual e coletiva e previstos de forma especializada, como forma de proteção à dignidade em seus diversos aspectos, como a vida, a liberdade e a honra.

Essa concepção, entretanto, nem sempre esteve presente na Sociedade, eis que se apresenta como produto de uma lenta e gradual evolução experimentada em diferentes momentos históricos, pelos diversos agrupamentos humanos - divididos sociológica e geograficamente - tendo por premissa as particularidades culturais de cada povo, embora com uma evidente preferência pela designação de Sociedade Ocidental, Sociedade Oriental, Sociedade Africana, dentre outras, utilizadas para separar aquilo que em verdade se constitui em uma só e grande sociedade, a raça humana.

Nesta abordagem, estar-se-á utilizando a evolução histórica e filosófica apresentada pela chamada cultura ou sociedade ocidental, não só pela especial particularidade de o Brasil ter sido influenciado em sua formação jurídica e cultural, predominantemente pelas idéias encontradas na civilização ocidental, como também pela maior facilidade para se identificar os traços iniciais da idéia de dignidade da pessoa humana hoje predominante neste país, já na antiguidade grega e romana, que despontam como berços da cultura ocidental e que, enriquecidas pelos ideais

do Cristianismo e do Judaísmo, terminaram por influenciar praticamente toda a Europa e os povos conquistados e colonizados por países do velho continente, como ocorreu na relação de Portugal com o Brasil.¹⁰

Nem por isso está se negando a importância das chamadas “demais culturas”, com relevância para a oriental, na formação da idéia universal de Dignidade da Pessoa Humana, até porque é reconhecida historicamente a inter-relação entre os povos ocidentais e os do oriente. Apenas evidencia-se que, na formação jurídica brasileira, houve predominância da influência direta do conquistador europeu e, como isso se repete em relação à cultura e à religião, o tema da Dignidade da Pessoa Humana não pode fugir aos influxos da análise sob a égide da cultura ocidental e da evolução experimentada a partir da antiguidade greco-romana e dos movimentos filosóficos experimentados por esses povos.

Em que pese à chamada dignidade da pessoa humana poder ser identificada já nos primórdios da civilização, tendo experimentado evoluções e retrocessos compatíveis com os vários estágios do desenvolvimento histórico, filosófico e sociológico dos povos, evidencia-se que a preocupação com a normatização e com a popularização da idéia de Direitos Humanos aflorou com o estabelecimento da ordem burguesa, associada à idéia de liberdade e igualdade, retirados da filosofia humanista e do racionalismo, que inspiraram os movimentos iluministas dos séculos XVI, XVII e XVIII.

Os Estados Unidos se apresentam como os precursores da formulação de uma declaração de direitos do homem, a Declaração de Virgínia (1776), em que pese esta não ter alcançado a dimensão e importância histórica da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a qual veio ser incorporada pelo texto constitucional francês de 1791, servindo de paradigma para as constituições dos mais variados povos, nos séculos XIX e XX, verificando-se no bojo de ambas as declarações uma preocupação em difundir aqueles direitos humanos vinculados ao Liberalismo, e em particular o combate ao Absolutismo.

¹⁰ NAVARRO CORDÓN, Juan Manuel; CALVO MARTINEZ, Tomas. **História da Filosofia**: dos pré-socráticos à idade média. Tradução Armínio Rodrigues. Rio de Janeiro: Edições 70, 1983, p. 19-23.

A perspectiva liberal dos Direitos Humanos, consagrada nas constituições burguesas, baseava-se numa concepção imutável, idealista, da natureza humana, de onde derivam os direitos de todos os homens, mas um longo período decorreu até a incorporação dos Direitos Humanos à ordem internacional. O positivismo, reafirmando o primado dos Estados, contribuiu para impedir a admissão do indivíduo como pessoa de Direito Internacional. Paulatinamente, os Estados começaram a estabelecer normas internacionais que, embora não reconhecessem a personalidade, pretendiam proteger a pessoa humana, fase esta considerada como a pré-história dos Direitos Humanos na ordem internacional, que se evidencia com maior relevância nos séculos XVIII, XIX e primeira parte do século XX.

Somente a partir do término da Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas, e por influência dos horrores praticados dentro e fora dos campos de batalha, os Direitos Humanos passaram a integrar de maneira universal a agenda do Direito Internacional, principalmente com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que veio a propiciar elementos para a universalização do daqueles Direitos, os quais passaram a integrar a pauta de discussão de diversos Estados e Organismos.

Conforme já salientado, a noção de dignidade da pessoa humana possui sentido variado, consoante sua análise seja feita em distintos tempos e culturas, razão pela qual, neste estudo, teve-se preferência pela sua variação histórica, cultural e filosófica, tendo em vista a percepção da civilização ocidental, seguida pela maioria dos Estados Modernos, os quais a têm por base dos seus textos fundamentais sobre Direitos Humanos, e mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948¹¹, deixa clara a sua visão de que os direitos humanos são a expressão direta da dignidade da pessoa humana, consistindo obrigação dos Estados de assegurarem o respeito que decorre do próprio reconhecimento dessa dignidade.

Esta noção de dignidade como característica comum a todos os seres Humanos, e que inspirou a designação “dignidade da pessoa humana”, em um sentido genérico de qualquer ser humano, é relativamente recente, sendo por isso difícil fundamentá-

¹¹ A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada na Assembléia-Geral das nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

la senão como reconhecimento coletivo de uma herança histórica da civilização e produto de uma lenta e gradual evolução dos valores humanos, situação que, na cultura ocidental, apresenta-se perceptível a partir da antiguidade grega e romana.

Visando uma melhor compreensão do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, embora sob o prisma perfunctório do resumo, buscar-se-á formalizar uma visão panorâmica dessa evolução da dignidade da pessoa humana, abordando os principais momentos de sua evolução histórica e os movimentos filosóficos que influenciaram na formação e consolidação do valor dignidade.

1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA GRÉCIA ANTIGA

Na cultura ocidental, desponta a Grécia clássica, e em particular a Cidade-Estado de Atenas, centro cultural helênico construído com o tesouro da Liga de Delos¹², como o berço onde primeiramente se acalentou a idéia de humanidade, inicialmente de forma pouco racional e mística, através da abordagem de valores que realçavam a pessoa humana cultuando-a e enaltecendo-a¹³ como personagem de “tragédias”, na mente criativa dos maiores poetas, dramaturgos, filósofos e historiadores de então, os quais não utilizavam o termo, como na atualidade, para designar um acontecimento doloroso, catastrófico, acompanhado de muitas vítimas, ou ainda para descrever o desenlace de uma paixão qualquer que redundou num horrível assassinato.¹⁴

Ao contrário, na Grécia antiga *tragikós* (*tragédia*) possuía significado bem diverso, definindo uma forma artística, ou algo que somente ocorria entre os grandes e, as tragédias gregas, principalmente do chamado período da “Idade de Ouro”, retratam aquela postura de procurar valorizar o ente humano, como se extrai da feliz frase atribuída a Protágoras (485-411 a.C.) “o homem é a medida de todas as coisas”.¹⁵

¹² PARMENIDES. **Da Natureza**. Trad. José Trindade Santos. São Paulo: Edições Loyola, p. 30-37.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002, p. 142.

¹⁴ LUFT, Celso Pedro. **Minidicionário Luft**, 20. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 645.

¹⁵ MAGGE, Bryan. **História da Filosofia**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 18.

Não obstante esse avanço, já percebido séculos antes da chamada Era Cristã, não alcançaram os gregos uma percepção de pessoa, com o sentido e alcance que hoje se atribuiu, até porque, em um sentido etimológico, pessoa deriva de "persona", que era a máscara utilizada pelos atores teatrais da antiguidade, não estando vinculada diretamente com a idéia de cidadania e direitos, impondo-se lembrar que entre os antigos, não havia uma concepção de sujeito de direito, em relação a qualquer indivíduo. Na Grécia antiga, somente o cidadão era detentor de direitos na polis, eis que até então, a desigualdade era vista como ínsita à própria natureza humana, mesmo na fase áurea da Filosofia.

Platão¹⁶, refletindo a realidade de seu tempo, bem como a particular situação das Cidades-Estado com a sua organização sócio-política, onde a uns poucos era reconhecido governar, a outros guerrearem e à maioria, gerar produção para o sustento de todos, na qualidade de servo e, chegou a afirmar a condição de bem ou objeto do escravo, afirmando que qualquer pessoa, desde que goze de perfeita sanidade mental, poderá tomar, se o desejar, seu próprio escravo e empregá-lo para qualquer finalidade legal.

Apesar dessa visão ainda incompleta da magnitude do ser humano, já as obras deixadas já pelos dramaturgos gregos da antiguidade, é possível entrever que àquela época não lhes era totalmente estranha a noção de dignidade humana, prova disso sendo *Antígona*, criação de Sófocles, datada do Século V a.C., que retrata a tragédia da personagem que contrariando as leis do Estado, enterra o irmão que deveria ficar entregue aos abutres e, após enterrá-lo, diante do questionamento feito por sua irmã, Ismene, sobre o porquê de ela ter desobedecido à lei, responde que não nasceu para o ódio, mas sim para o amor¹⁷ e, respondendo a idêntico questionamento feito pelo rei Creonte, *Antígona* completa o raciocínio afirmando que obedeceu a uma lei que não é de ontem nem de hoje, mas de sempre.

O fato de *Antígona* terminar a sua frase com a palavra "amor", determina o reconhecimento de uma condição fundamental na espécie humana, o amor pelo

¹⁶ PLATÃO. **As Leis**: Da Legislação ou Epaminomis. Tradução Edson Bini. Bauru-SP: EDIPRO, 1999, p. 439.

¹⁷ ROSENFELD, Kathrin Holzermayr. **Sófocles & Antígona**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 38.

próximo, ao passo em que a afirmativa de obediência a uma lei eterna, gera a idéia de que há valores superiores que condicionam a existência humana, os quais se encontram disseminados entre as pessoas e recebem uma valoração compatível com a cultura que os alimenta.

Ao se referir a dignidade da pessoa humana, torna-se necessário refletir no sentido de que esse é um valor inerente à própria condição de ser humano, não se podendo falar em direitos humanos sem ter a dignidade como ponto nevrálgico, merecendo recordar que ao se tomar por base o curto período em que a história da Civilização Ocidental¹⁸ se permite conhecer – que não ultrapassa a 2600 anos – já nos é possível verificar, mesmo em seus primórdios, a preocupação intelectual em reconhecer certos direitos que extravasam a vontade do homem e aos quais este não pode se opor.

Essa visão de um direito superior à vontade do homem, aparece como a raiz daquilo que no futuro viria a ser considerado fonte do chamado direito natural¹⁹ e para o efetivo reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos próprios direitos humanos – tão tardiamente concebidos – não se podendo desprezar que ela já se fazia perceber mesmo no período nebuloso entre a sedução do mito e o início do pensamento racional, ou seja, ao período inicial do conhecimento filosófico, que desponta por volta do século VI a.C., até porque um dos modos mais consistentes de caracterizar a filosofia é através da história, podendo-se considerar tal caracterização praticamente como uma unanimidade.²⁰

No limiar desse florescimento da filosofia ocidental, já é possível vislumbrar a preocupação do intelecto humano com o reconhecimento de valores superiores a reger a relação entre os homens, extrapolando a própria vontade e o poder do homem, sendo referência desse período os textos dos poetas e dos historiadores, os quais se valiam do mito como forma de explicar e difundir os fenômenos que intervêm ativamente nos acontecimentos cósmicos e humanos, sendo paradigmática

¹⁸ NAVARRO CORDÓN, Juan Manuel; CALVO MARTINEZ, Tomas. **História da Filosofia**: dos pré-socráticos à idade média. Tradução Armínio Rodrigues. Rio de Janeiro: Edições 70, 1983, p. 9.

¹⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35.

²⁰ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 19.

a referência que sempre se faz à obra de Sófocles, que pela boca de sua Antígona fez ecoar a superior importância de um Direito Divino, sobre aquele concebido pelo homem.²¹

No texto, o teatrólogo ateniense Sófocles²², deu vida à personagem Antígona, que expressou a sua indignação em respeitar a proibição imposta pelo edito de seu tio, o tirano Creonte, sendo que ao ser indagada pelo rei se conhecia o teor da proibição por ele imposta e do porquê de mesmo assim resolver desobedecê-la, não exitou em responder afirmativamente e ainda acrescentar que a dita proibição não havia sido promulgada por Júpiter, concluindo por afirmar que:

a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força o bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis.²³

Ao assim proceder, Sófocles foi capaz de deixar registrado para a posteridade a importância do reconhecimento de alguns valores essenciais para a existência do homem em sociedade, fazendo-o de forma simples, através de uma personagem que não detinha o poder dos titãs mitológicos, possuindo, entretanto, a sensibilidade necessária para extrair da natureza das coisas a explicação para a sua pretensão de respeito àqueles valores, os quais são expressos de forma singela, mas profunda, no diálogo entre Antígona e Creonte, acerca do direito de a família conceder um enterro decente a Polinice – na tumba- mesmo contra o decreto de Creonte que determinara que o cadáver ficasse ao relento.

Antígona questionou esse ato de Creonte, consubstanciado em um edito que previa a punição com morte para quem o desobedecesse, sob o argumento de que aquela determinação do rei ia de encontro ao direito inerente à natureza e decorrente da existência, ao qual atribuía uma origem divina, de dar um enterro decente ao seu falecido irmão Polinice, colocando-o em uma tumba, como mandava a tradição de

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9.

²² ASSMANN, Selvino José. **As Raízes do Pensamento Filosófico**. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br>>. Acesso em 09 abr 2004.

²³ Ibidem.

seu povo e o seu argumento tem servido, através de uma lenta evolução surgida ao longo dos séculos, para alertar sobre a existência desse direito chamado natural, cujo principal papel tem sido o de reconhecer que o ser humano é dotado de alguns valores que transcendem a vontade do homem.

O texto de Sófocles serviu de inspiração, assim, para a defesa da existência de um Direito maior, cuja validade e existência se sobrepõem aos interesses mundanos, e que durante o período clássico se apresentou como o Direito Natural ditado pela Divindade e que por isso não poderia ser objeto de afronta pela Lei humana, não necessitando sequer ser escrito ou positivado para ser cumprido, dada a sua natureza superior e inquestionável, muito embora esta não tenha sido a percepção filosófica clássica, a qual não vislumbrava uma supremacia do direito natural sobre o positivo, mas apenas distinguia o primeiro como o “direito comum” e o segundo como aquele criado e reconhecido pelo homem, tanto que na própria peça em análise, o edito de Creonte triunfou sobre o direito natural suscitado por Antígona.²⁴

Essa percepção da existência de um Direito distinto daquele formulado pelo homem, pode ser identificado também no pensamento filosófico grego que concebeu o primeiro como decorrência de uma idéia de justiça universal e independente da vontade humana, ao passo que o segundo foi idealizado como aquele decorrente da vontade humana e formulado segundo as suas deliberações.²⁵

Naquele período histórico-filosófico a questão entre o direito natural e o direito positivo era, ainda, uma bipolaridade mais filosófica e ética do que técnico-jurídica, pois carecia de elementos reais e concretos, de uma sociedade plural e diversificada, em que essas noções de direito natural pudessem florescer e frutificar, o que se concretiza com o florescimento de Roma²⁶, ao tornar-se metrópole mundial e dominar militarmente a Grécia, incorporando parte dos valores culturais helênicos

²⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Icone, 1995, p. 25.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 33.

²⁶ GILISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 80-99.

e, dentre eles, a distinção entre um suposto direito natural ou superior e o direito civil, de criação humana.²⁷

Lembra Bobbio²⁸ que os romanos, embora ainda inspirados no pensamento grego, formularam, também, o seu conceito de direito natural, tal como se vê expresso em um fragmento do jurisconsulto Paulo, que foi registrado e inserido no Digesto D. 1, 1, 11, permitindo concluir serem dois os critérios em que se baseia a distinção entre direito natural e direito civil:

a) o direito natural é universal e imutável (*semper*) enquanto o civil é particular (no tempo e no espaço); b) o direito natural estabelece aquilo que é bom (*bonum et aequum*), enquanto o civil estabelece aquilo que é útil: o juízo correspondente ao primeiro funda-se num critério moral, ao passo que o relativo ao segundo baseia-se num critério econômico ou utilitário.²⁹

Na passagem da cultura romana para a medieval, houve uma profunda transformação que merece ser assinalada, devido ao cristianismo, que estabeleceu radical discrepância entre as esferas da política e da religião, reservando para si a autoridade religiosa e deixando a “*potestas*” nas mãos dos príncipes, muito embora o chamado Direito secular sofresse influência direta da religião então predominante, a católica.

1.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA VISÃO FILOSÓFICA CRISTÃ

O conjunto do pensamento e da evolução cultural greco-romana serviu para lançar as bases para uma nova visão acerca do ser humano, no que concerne a sua racionalidade e valor. No entanto, é na orientação judaico-cristã, que posteriormente influenciou toda a cultura ocidental, que a idéia de dignidade humana passa a experimentar o primeiro grande surto de desenvolvimento, lastreado este na idéia do

²⁷ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 114-116.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 19.

²⁹ *Ibidem*, p. 19.

homem como criatura detentora da qualidade de ser a imagem e semelhança de seu Criador, consistindo, assim, o ápice da criação Divina e portador de livre arbítrio.³⁰

Essa contribuição, trazida pela ideologia judaico-cristã, apresentando o homem como um ser criado à imagem e semelhança de Deus, após os animais, tornando-se o coroamento da criação divina, fortaleceu-se através da patrística de Santo Agostinho, defensor, em sua obra “A Cidade de Deus”, de que os dias da criação representam fases ascendentes de complexidade da intervenção criadora do Todo-Poderoso. Assim, o homem bíblico, criado no último dia, seria o ser que, na terra, revelaria com maior nitidez o poder e a glória de Deus. O homem estaria situado em um plano intermediário entre os animais irracionais e a Divindade, ao contrário da visão Aristotélica que o definiu por baixo, ao dizer que ele era um animal racional ou animal político.³¹

O Cristianismo tem como fatores históricos, em primeiro plano, a religião israelita, e em segundo lugar, o pensamento grego e o direito romano. De Israel o Cristianismo toma o teísmo e o rigor moral, elementos essenciais de sua estrutura doutrinária. Quanto ao pensamento grego, pode-se afirmar que contribuiu com o Cristianismo especialmente para justificar-lhe os pressupostos metafísicos, ao passo em que o direito romano, por sua vez, teve o condão de contribuir para sistematizar o novo organismo social oriundo do Cristianismo, que consistiu na Igreja Católica, herdeira da herança espiritual e política de Roma.³²

A partir dessa sistematização, tornou-se possível a formação de um quadro constituído de teólogos que vão moldar e influenciar a postura da Igreja e de seus seguidores, formando esses pensadores cristãos dois grandes movimentos que atuaram desde o início da organização daquela poderosa instituição (Igreja Católica) até o fim da Idade Média, lançando sua influência sobre todos os pensadores

³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 1994, p. 62-64.

³¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 139.

³² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 1994, p. 64-65.

daquele período e do período posterior, sendo esses movimentos denominados de Patrística³³ e Escolástica.³⁴

Mesmo não se vislumbrando na Patrística uma contribuição direta para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, apresenta-se perceptível que ela contribuiu para firmar a idéia do Direito Natural e de sua superioridade em relação ao direito positivo e, assim, colaborou para a difusão dos ideais da filosofia Cristã, não experimentando uma maior contribuição até mesmo por ter nascido e perecido em um período histórico conturbado por guerras e pelo esfacelamento da organização estatal e o fortalecimento do sistema feudal, época onde os valores humanos foram sufocados pelas credices místicas e religiosas, pela concentração de poder nas mãos de uma casta dominante (a nobreza) e por um acentuado servilismo, que advieram à queda de Roma no Ocidente.

No que se refere à Escolástica, teve ela importante papel na definição do papel desempenhado pelo homem, a começar pela posição reservada à lei, que segundo o seu principal representante -Santo Tomás de Aquino - pode ser eterna, natural e humana ("*lex aeterna, lex naturalis et lex humana*"), tendo também o condão de marcar a introdução do pensamento racional aristotélico na fase da Baixa Idade Média, adaptando-o à filosofia Cristã, em um processo de substituição parcial do pensamento platônico pelo de Aristóteles.³⁵

A lei eterna é a própria razão divina, provinda de Deus, que dirige todos os atos e movimentos ("*Ratio divinae sapientia e quod est directiva omnium actum et motionum*"). É apenas parcialmente cognoscível, sendo apreendida através de Deus. A segunda categoria - a lei natural - vem a ser conhecida diretamente através da razão humana, consistindo na participação do homem na lei eterna, adequada à sua própria capacidade de compreensão, de apreensão³⁶ ("*ex naturalis, nihil aliud*

³³ Denomina-se de Patrística ao movimento que representa o pensamento dos Padres da Igreja - os mestres da doutrina cristã - o qual se estende entre os séculos II e VIII e tem como maior pensador Santo Agostinho (354-430).

³⁴ Relativamente a "Escolástica", último período do pensamento cristão medieval, que vai do século XII até ao fim do século XIV, era a filosofia ensinada nas "escolas" da época, pelos mestres, chamados, por isso, escolásticos.

³⁵ MAGGE, Bryan. **História da Filosofia**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 59.

³⁶ NAVARRO CORDÓN, Juan Manuel; CALVO MARTINEZ, Tomas. **História da Filosofia**: dos pré-socráticos à idade média. Trad. Armínio Rodrigues. Rio de Janeiro: Edições 70, 1983, p. 117-140.

est quam participatio legis aeternal in rationali creatura, secundum proportionem capacitatis humanae naturae.") Finalmente, a terceira categoria, a lei humana, é princípio que normatiza a ação dos homens, invenção social, a utilizar-se da lei natural por duas maneiras: a) "*Per modum conclusionum*" - representa conclusões silogísticas deduzidas de premissas fornecidas pela lei natural. Assim, a lei natural fornecia as premissas maiores e menores para que a razão humana concluísse construindo as leis positivas justas; b) "*Per modum determinationis*" - consistente numa mais completa especificação do preceituado genericamente pela lei natural.³⁷

Tão decisiva foi a influência exercida por Santo Tomás de Aquino e seus seguidores, que a sua filosofia – o Tomismo - de viés aristotélico, chegou a ser considerada a doutrina oficial da Igreja católica por vários séculos³⁸ e, mesmo com as omissões encontradas na obra e no pensamento tomista, não se pode negar que graças a sua efetiva atuação e de vários outros pensadores cristãos, ainda quando a humanidade mergulhou no obscurantismo da Idade Média, não se apagaram por completo as luzes da racionalidade, que reacenderam já na baixa Idade Média, com a concepção de Tomás de Aquino do “direito de resistência”, que buscou fundamentar no reconhecimento da dignidade humana, entendendo a ordem jurídica deveria respeitar esse valor, sendo que o desrespeito a tal exigência consistia-se em motivo para o surgimento do “direito de resistência” a favor daqueles beneficiários da ordenação.³⁹

Percebe-se que o princípio material subjacente à própria idéia de dignidade da pessoa humana é o “princípio antrópico” que acolhe a idéia pré-moderna e moderna introduzida por Pico Della Mirandola, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual, agindo em racionalmente, orientado por seu livre-arbítrio.⁴⁰

³⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Armênio Amado Editores, Coimbra: 1972, p. 81.

³⁸ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 127.

³⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 143-144.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 225.

Essa mesma concepção cristã, acerca da hegemonia humana sobre as demais criações Divinas, inspirou Giovanni Pico Della Mirandola⁴¹, quando, já no renascentismo, deixou extravasar para o papel a sua percepção sobre o homem, com a sugestiva citação “discurso sobre a dignidade do homem”, através do qual ficam expressas as palavras que o Criador teria dirigido a Adão ao colocá-lo no Paraíso, afirmando a ele “[...] Não te fiz nem celeste nem terrestre, nem mortal nem imortal, para que tu, livremente, tal como um bom pintor ou um hábil escultor, dês acabamento à forma que te é própria”.

Apesar do efetivo contributo Cristão para a formulação da teoria dos Direitos da Pessoa Humana e para o reconhecimento contíguo da Dignidade da Pessoa Humana, é inevitável a constatação de que ele permeou mais o campo das idéias do que o mundo real, até porque durante todo o período de influência da Patrística e da Escolástica, a Igreja esteve atrelada ao Poder Secular que governava os Estados e compactuou ou pelo menos tolerou a adoção de políticas efetivamente danosas para a raça humana, tais quais a adoção da pena de morte, as torturas – somente condenadas expressamente no Século XIII – e mesmo a escravidão, que não encontraram resistência por parte desses pensadores católicos que teceram a ideologia da Igreja até o Século XV.

Atente-se para o fato de que mesmo o “Doutor Angélico” – como era conhecido Santo Tomás de Aquino -, embora defendendo a dignidade da pessoa humana, não adotou uma postura ideológica contra a escravidão, preferindo, também nesse delicado tema, aderir parcialmente ao pensamento de Aristóteles, o qual expressara, em conformidade com o contexto social e histórico de sua época – que dista mais de quinze séculos da época tomista - que na espécie humana havia indivíduos inferiores aos outros, estando destinados ao trabalho bruto e á escravidão.⁴²

⁴¹ DELLA MIRANDOLA, Giovanni Pico. **Discurso sobre a Dignidade do Homem**. Edição Bilingue. Lisboa: edições 70, 1989, p. 49, 51 e 53, Apud, <<http://www2.crb.ucp.pt/historia/mirandola.pdf>> Acessado em 19 de março de 2004.

⁴² ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru-SP: EDIPRO, 1995, p. 19.

1.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA VISÃO FILOSÓFICA MODERNA

Atendo-se às perspectivas deste trabalho, importa ressaltar que houve, principalmente a partir do advento do Renascimento e do desenvolvimento da teoria racionalista, uma inegável contribuição filosófica para o desenvolvimento da idéia de dignidade da pessoa humana, com destaque para os filósofos Contratualistas, pela capacidade de demonstrar que o ser humano antecedia ao Estado e era detentor de direitos inatos.⁴³

Entretanto, dada a impossibilidade prática de inserir nesta pesquisa, mesmo que sumariamente, o pensamento de cada um dos importantes filósofos que deixaram gravada a sua contribuição para o tema da Dignidade da Pessoa Humana, opta-se por apenas fazer uma alusão a pensadores jesuítas como Francisco Vitória⁴⁴ e Francisco Suares⁴⁵ e aos contratualistas Tomas Hobbes⁴⁶, John Locke⁴⁷, Jean-Jacques Rousseau⁴⁸, pela importância do conjunto de suas obras, mas escolhe-se para representar o resultado do pensamento filosófico Ocidental do período posterior ao Renascimento e que se esgota com o advento do Estado Moderno, a figura ímpar de Immanuel Kant, pela clareza e pela profundidade com que enfrentou o tema da dignidade da pessoa humana, sedimentando o caminho para o tráfego seguro dos defensores das liberdades individuais, particularmente contra a prática da escravidão humana, situação então comum no Continente Americano, sob patrocínio dos colonizadores europeus.

⁴³ Denomina-se renascimento, ao grande processo de renovação literária, artística, científica e filosófica que se verificou na Europa, nos séculos XV e XVI, florescendo no seu contexto, o movimento humanístico.

⁴⁴ RAVINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **Hola, História del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Dunken, 1999, p. 44.

⁴⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

⁴⁷ MAGEE, Bryan. **História da Filosofia**. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 102.

⁴⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

1.4.1 A Dignidade da Pessoa Humana no Pensamento Kantiano

Tendo vivido no período de 1724 a 1804, Kant foi contemporâneo das revoluções de viés liberal que surgiram no Século XVIII, com destaque para a Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Revolução Francesa (1789) e a sua obra pode ser dividida em duas fases distintas, uma “pré-crítica” que se encerra com a sua Dissertação de 1770, e a outra, “a crítica”, que se inicia com a publicação da Crítica da Razão Pura (1781), sendo que naquela 1ª fase ele pode ser considerado um representante típico do chamado “racionalismo dogmático”, com forte influência da filosofia racionalista inspirada em Leibniz e desenvolvida por Christian Wolff, ao passo em que a segunda fase, do “racionalismo crítico”, teve inspiração em Hume e a pretensão de superar a dicotomia então existente entre racionalismo e empirismo, sempre sem perder a perspectiva da liberdade da racionalidade como as características principais da humanidade.

Torna-se imperioso se reportar a Kant na abordagem do tema, porque a concepção ainda hoje adotada, sobre a dignidade da pessoa humana, advém daquela por ele idealizada no Século XVIII, a qual mereceu, inclusive, a preferência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em (1948), bem como da própria doutrina jurídico-constitucional e filosófica, destacando-se que no contexto da obra do aclamado filósofo ressaltam-se dois problemas fundamentais, o primeiro dizendo respeito aos limites e possibilidades de aplicação do conhecimento, enquanto que o segundo – que interessa diretamente a esta abordagem – é relativo à ação humana e aos problemas morais nela envolvidos.⁴⁹

A contribuição de Kant, em sua obra "Fundamentação da Metafísica dos Costumes"⁵⁰, foi um passo fundamental para que a dignidade da pessoa humana deixasse de ser, como na filosofia Cristã, uma mera concepção formal, para se tornar concepção idealizável materialmente e com uma justificativa teórica amparado no racionalismo, isso porque o filósofo de Königsberg, foi capaz de perceber e

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 25-61.

⁵⁰ **OS PENSADORES – Kant (II)**. Trad. Paulo Kintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 103-162.

expressar que o homem é o único ser deste mundo capaz de orientar suas ações a partir de objetivos racionalmente concebidos e livremente desejados, a partir do que a dignidade do ser humano consistiria em sua autonomia, que é a aptidão para formular as próprias regras de vida, ou seja, sua liberdade individual ou livre arbítrio.

Na visão Kantiana o bem supremo é a boa vontade, da qual a liberdade é propriedade. O filósofo alemão define vontade (que não é outra coisa senão a razão prática) como a faculdade de escolher só aquilo que a razão, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer, como bom, ou ainda, como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis, extraído-se também de sua concepção, que somente sob a idéia de liberdade um ser racional pode ter vontade própria. No que respeita à vontade humana, ele diz haver um imperativo categórico cujo fundamento está no princípio objetivo da vontade, segundo o qual a natureza racional existe como fim.

Todo imperativo se exprime pelo verbo dever, e pode ser hipotético ou categórico. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). Distingue-se do imperativo categórico porque neste a ação é representada como boa em si, e não como meio para qualquer outra coisa, que é caso do imperativo hipotético.⁵¹

Essa filosofia Kantiana fundamentou o avanço dos direitos humanos e se constituiu na grande marca da dignidade da pessoa humana e que permitiu uma efetiva evolução de seu conceito enquanto reconhecimento de que a condição pessoa humana é um valor intocável, pois o ser humano é sujeito consciente e capaz de pensar a si mesmo a as coisas que o cercam como objeto, sendo que o imperativo - que é prático - derivado deste princípio é: Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio, daí derivando idéias

⁵¹ KANT, Emmanuel. **Doutrina do Direito**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p. 5-43.

de valorização do ser humano como condição de sua própria natureza de “humano”.⁵²

Referindo-se ao problema ético na visão de Kant e sintetizando o seu “imperativo categórico” que tanto contribuiu para o avanço da idéia de dignidade da pessoa humana, Bertrand Russel⁵³ afirmou que: “Esse pronunciamento um tanto austero é, na realidade, um modo pomposo de dizer que devemos agir para com os outros da mesma maneira que queremos que os outros ajam para conosco”.

A partir da visão Kantiana é permitida a conclusão de que não é bastante agir de modo a não prejudicar a outrem, o que seria uma máxima apenas negativa, sendo necessário também buscar, na medida do possível, a satisfação do outro, realizando-se não só a própria felicidade, mas também a dos semelhantes, desde que isso se apresente como possível.⁵⁴

Não obstante se reconheça alguma pertinência nas críticas feitas à idéia de que o ser humano é dotado de dignidade, como decorrência de sua racionalidade – excluindo-se, a contrário senso, a dignidade dos demais seres vivos – essa questão encontra-se fora do âmbito deste trabalho e não será aqui analisada, até porque, abstraída essa crítica ao antropocentrismo Kantiano e, já antes, a filosofia estoica e à cristã, que seguiam a mesma linha, não pode ser desprezado que foi o efetivo repúdio a qualquer tentativa de se tratar o ser humano – qualquer humano – como uma coisa ou objeto sujeito a preço, a idéia que frutificou e possibilitou que se extirpasse o verdadeiro câncer social (a escravidão) que manchou a humanidade, inclusive e principalmente o Brasil, por vários séculos.

Essa e outras idéias insertas por Kant em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, deixam explícito que nem toda relação entre dois seres racionais pode ser entendida como uma relação jurídica, somente merecendo essa designação aquelas relações estabelecidas entre dois seres plena e igualmente

⁵² KANT, Immanuel. Apud Weffort, Francisco C. et al. **Os Clássicos da Política**. 10. ed. São Paulo: Editora Ática, 2003, p. 96-98.

⁵³ RUSSEL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 348.

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20-23.

livres, pois somente nelas é que se dá uma relação real entre o dever de uma pessoa que corresponda a um direito de outra, razão pela qual pode-se deduzir que as relações estabelecidas entre o homem e seres irracionais, entre o homem e escravos ou entre o homem e Deus não são, para Kant, relações jurídicas.⁵⁵

Ademais, se não fosse o acolhimento dessa teoria, ou seja, caso a teoria da dignidade como atributo da racionalidade humana não tivesse vingado, seja na sua concepção estóica, religiosa ou, principalmente na formatação secular apresentada por Kant, por certo não se estaria, no limiar do século XXI, discutindo a possibilidade de reconhecimento de dignidade a outros seres vivos, pois se a humanidade não tivesse sido capaz de perceber a necessidade de proteger a sua própria dignidade – pelo menos no aspecto jurídico dessa proteção - por certo não teria sensibilidade para reconhecê-la em relação a outros seres.

A contribuição Kantiana restou, assim, configurada principalmente nessa nova perspectiva que sua filosofia trouxe, em um momento especialmente importante para a Civilização Ocidental – o da incorporação e divulgação das idéias do iluminismo através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que se seguiu à Revolução Francesa de 1789⁵⁶ – ajudando a abrir caminho para a consagração da idéia de dignidade da pessoa humana como uma ordem universal e aplicável a todos os seres humanos, não importando sequer que estejam sob a égide de seu Estado natal ou de um Estado estrangeiro, levando-se em conta apenas o fato de serem membros da raça humana e se essa condição ainda não foi – infelizmente – alcançada pela raça humana, nem por isso há que se negar o grande mérito de Kant e de sua teoria.

⁵⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 97.

⁵⁶ Não se está a afirmar que Kant tenha influenciado o pensamento dos revolucionários franceses, mas sim, que a sua teoria surgiu em um momento contemporâneo ao da Revolução Francesa e à conseqüente divulgação dos ideais dela, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o que, no aspecto que toca a esta parte do trabalho, relacionado com a dignidade da pessoa humana, foi positivo e contribuiu, posteriormente para a fixação daqueles ideais comuns em relação aos direitos humanos.

1.5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DOS DIREITOS HUMANOS.

A Idade Moderna caracteriza-se, logo em seu limiar, pela ruptura do direito natural com a religião, haja vista que tal direito passa a figurar no plano da racionalidade, sendo considerado produto da razão humana e não mais como uma dádiva do Criador. Assim, fixa-se a idéia de que o direito emana da razão humana, sendo um produto dos valores culturais de uma determinada comunidade, passando a ser esse o perfil do pensamento jus naturalista, que teve o mérito de cogitar a ordem jurídica baseada na idéia de um Direito Natural formatada com base no homem e não de origem divina.⁵⁷

A partir dessa visão racional, formou-se o cenário ideal para que se concebesse a necessidade de que mesmo aqueles direitos tidos por fundamentais fossem objetos de institucionalização ou inscrição em lei, de molde a ser possível a sua imposição contra o próprio Estado, que na concepção iluminista então reinante, se apresentava como o grande alçó das liberdades públicas e da autonomia do indivíduo e precisava ser limitado, apresentando-se como a melhor forma a sua submissão às Leis.

Nesse período o Estado já não é mais visto como algo externo ao querer humano, mas como produto da união de muitas vontades individuais, ou seja, da vontade coletiva e com finalidades definidas, isso a partir da concepção das teorias contratualistas que ganharam preeminência a partir de então, como forma de justificar a criação do Estado e da submissão dos indivíduos aos comandos dele emanados.⁵⁸

Essas idéias que germinaram no iluminismo há muito vinham sendo semeadas e disseminadas, a partir de movimentos que contestavam o modelo de Estado Absoluto e de que os governantes atuassem por vontade divina, forçando a uma

⁵⁷ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 131.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: 2002, p. 44.

reconceituação do Estado e das idéias relativas a soberania e liberdade, tendo favorecido a essa nova concepção a secularização, que levou à separação entre o Estado e a Igreja, passando aquele a ser visto como algo ligado à criação humana, terrestre, e não divina.⁵⁹

A secularização afastou a autoridade política da eclesiástica e possibilitou que o indivíduo percebesse que o governante tinha a condição de comando do Estado, não por ter sido galgado àquele cargo por determinação de um deus, ou porque fosse naturalmente superior aos demais membros de sua raça, mas sim, porque os indivíduos que integravam aquele Estado, houveram por bem de criar os meios necessários para que pudessem gozar de vários direitos decorrentes de sua condição humana, sem serem molestados por outros indivíduos, do mesmo ou de outro Estado.

Vê-se, então, que a partir dos acontecimentos vinculados aos movimentos filosóficos identificados como Contratualismo, Individualismo e Iluminismo, foi possível a difusão de idéias como as de que o governante agia em nome de todos e de cada um e de que não poderia desrespeitar aqueles direitos inerentes à condição humana, o que pode ser percebido através da leitura dos textos das principais declarações em que fez inserir tais direitos, a começar, até mesmo pelo simbolismo nela contido, pela Magna Carta inglesa imposta ao rei João Sem Terra.

Em verdade, as declarações de direitos têm o grande mérito de traduzir a vontade de determinados agrupamentos sociais, os quais, em um dado momento histórico, detêm força suficiente para estabelecer os valores básicos que sustentarão o Estado ao qual pertencem e mérito ainda maior foi o de registrar tais valores por escrito, possibilitando assim a sua difusão entre outros povos e esse é um dos méritos principais da própria Magna Carta, que prestes a completar oito séculos de existência, ainda é aclamada como paradigma de diversos direitos humanos, em particular aqueles vinculados a valores que se expressam em garantias individuais.

⁵⁹ CRETELA JÚNIOR. **Curso de Filosofia do Direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 133-140.

1.5.1 A Contribuição da Magna Charta Libertatum para a Institucionalização dos Direitos Humanos

O primeiro documento histórico originado na sociedade e que se apresenta como uma limitação ao poder do Estado, data do século XIII (1215) e foi batizado de Magna Charta Libertatum, consistindo em uma declaração de direitos - muitos deles expressamente direcionados a limitar o poder de o soberano cobrar impostos – que os barões, apoiados pelo alto Clero, impuseram ao enfraquecido rei João Sem Terra, da Inglaterra, sendo possível localizar em seu bojo as raízes de vários direitos relacionados com a liberdade e que somente vieram a se concretizar e efetivar, séculos após.

A Magna Carta guarda importância significativa, não pela forma como foi imposta ou mesmo pelo seu alcance popular, eis que os direitos nela consignados não visavam a beneficiar a grande massa da população inglesa de então, que era composta principalmente por servos, aos quais ela não visava resguardar, já que elaborada e imposta como forma de garantir os direitos da elite daquela época, mas aquela Declaração serviu para documentar a idéia de que o Estado e o soberano não estavam acima das leis e que deviam respeitar certos direitos do povo.⁶⁰

Vê-se, pois, que alguns direitos inseridos naquela primeira Declaração escrita podem ser considerados como a semente que veio a germinar nos séculos seguintes, principalmente no reino inglês, propiciando o nascimento de importantes teorias e direitos que radicaram para novos textos, desta feita com alcance mais generalizado, possibilitando o desenvolvimento do ser humano enquanto sujeito de direitos e, além disso, á própria idéia de dignidade da pessoa humana, eis que naquela Carta encontram-se previstos os rudimentos de princípios como o da liberdade e do devido processo legal.⁶¹

⁶⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 27.

⁶¹ SCHWARTZ, Bernard. **Os Grandes Direitos da Humanidade**. Trad. de A.B. Pinheiros de Lemos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977, p. 16.

Emblemático no texto de 1215 é o viés garantidor, que embora estivesse direcionado apenas aos homens livres – que eram minoria absoluta – permitiu que ficasse registrado, por escrito, em uma sociedade cuja tradição é o direito costumeiro, uma plêiade de direitos que nos séculos seguintes vieram a ser reivindicados não em favor da nobreza, mas sim, contra os privilégios dela, como veio a ocorrer na Revolução Gloriosa de 1689 e que até os nossos dias serve para ilustrar o berço desses direitos que se disseminaram pelos mais diversos Continentes, a ponto de o termo Magna Carta servir de mesmo de sinônimo para a denominação de Constituição.⁶²

As Constituições modernas inserem, praticamente como regra, nos seus textos, uma Declaração de Direitos Fundamentais do Homem, o que é perceptível, inclusive, em todas as Constituições Brasileiras e essa prática se iniciou na Magna Carta, de onde migrou para a Petition of Rights (1628), para o Habeas Corpus Amendment Act (1679), para o Bill of Rights (1688), ingleses e também, dentre outora para a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776.⁶³

Vê-se, portanto, que a Magna Carta serviu como uma espécie de germe e símbolo de garantias vinculadas à liberdade, principalmente pelo mérito de haver sido escrita, possibilitando que os valores nela introduzidos -em que pese nos séculos iniciais tenham permanecido restritos à nobreza e ao clero – se difundissem por praticamente toda a Europa a partir do Renascimento, influenciando na elaboração de outras declarações, nas quais vieram a ser reconhecidos outros valores e extensões dos direitos a eles relacionados, até se alcançar aqueles diretamente vinculados à dignidade do ser humano em geral, como a própria garantia de habeas corpus, que embora já existente antes do advento dela, em seu texto foi institucionalizada como uma garantia para a proteção da liberdade de locomoção que posteriormente se universalizou, ressaltando-se que a liberdade é uma das formas de se externar a dignidade da pessoa humana.

⁶² FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito Constitucional Comparado**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 52.

⁶³ SILVA, José Afonso da. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23.

Apresenta-se patente esse mérito da Magna Carta, de ter deixado a sua contribuição, ao fixar valores como a liberdade individual, através de uma forma escrita, permitindo que as futuras gerações tivessem acesso àqueles ideais, dentre eles a divulgação do “habeas corpus” como instrumento de garantia da liberdade de locomoção, pois os princípios essenciais dessa garantia encontram-se no § 29 da “Magna Charta Libertatum” .⁶⁴

1.5.2 A Contribuição do Bill Of Rights para os Direitos Humanos

Em que pese à existência de outros documentos de defesa dos direitos, como a “Petition of Right” e o “Habeas corpus Act”, a preferência de abordagem pelo “Bill of Rights” (1689) se deve a sua importância como o ato culminante do processo iniciado em 1215, com a Magna Carta, direcionado a reduzir os poderes do rei e, também, do Estado, como resultado da chamada Revolução Gloriosa (1688), como os ingleses denominam o conjunto de atos políticos e jurídicos que os deixou livres das idéias absolutistas⁶⁵ - às quais o povo inglês sempre se opôs -, instaurando a monarquia limitada por uma natural separação de poderes entre as casas parlamentares, o rei e os juizes, separação essa que ocorreu em um ambiente político conturbado, mas sem a marca dos anteriores conflitos armados e do derramamento de sangue – e por isso a denominação de gloriosa.

Esse documento, que não chega a possuir as características de uma declaração de direitos, eis que contém apenas três direitos individuais expressos: a liberdade pessoal; a segurança e a propriedade, teve o grande mérito de, além de concretizar os direitos pleiteados desde a Revolução Inglesa iniciada em 1640 e que gerou desde a decapitação de um rei, até mesmo um longo conflito armado interno, possibilitar, com a deposição do rei Jaime II e a ascensão de Guilherme e Maria, que

⁶⁴ MIRANDA, Pontes. **História e Prática do Habeas Corpus**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 3.

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 78.

sucedem a ele, a aceitação pacífica da redução do poder do monarca e a transposição do verdadeiro governo para o Parlamento, que embora ainda não tivesse a feição democrática que hodiernamente se conhece, era escolhido de forma mais democrática do que o sistema dinástico então vigente.

A marca desse documento é a sua condição de prova real do resultado do longo período de conflitos entre a Coroa e o Parlamento, controlados, respectivamente, pela dinastia dos Stuarts e seus seguidores – defensores do absolutismo – e a burguesia ascendente – partidária do liberalismo - onde estes saíram vencedores e o Parlamento alcançou a sua tão almejada supremacia sobre o monarca, situação esta preservada mesmo na atualidade, onde a realeza inglesa apresenta-se mais como um símbolo, uma tradição, do que como um órgão detentor do poder estatal.⁶⁶

Merece ser reconhecido, também, a esse Documento, o crédito de fixar a idéia da existência de direitos que não derivavam da vontade do Estado, mas que acompanham o indivíduo – cidadão inglês – desde o seu nascimento, uma vez que não necessitou sequer da chancela do rei, para garantir a sua validade, apresentando-se em verdade como uma imposição dos representantes do povo, contra o Estado e o governante, que não era mais concebido como detentor de um direito divino, mas sim, como alguém que governava por vontade do povo e que por isso estava sujeito, em suas ações, a respeitar a dignidade dos governados.

Além dos méritos já mencionados, o “Bill of Rights” serviu para divulgar, na qualidade de um documento de natureza oficial, produzido por um dos mais poderosos Estados daquele período histórico, as idéias que já estavam sendo disseminadas pela doutrina anti-absolutista, com ênfase em Edward Coke⁶⁷ e no “supremo liberal” John Locke⁶⁸ – cuja obra floresceu exatamente nesse período - que inclusive encontrava-se exilado na Holanda e retornou justamente com a queda de Jaime II, ainda em tempo de irradiar sua doutrina para o além-mar, alcançando e

⁶⁶ WEFFORT, Francisco C.(Org.) et al. **Os Clássicos da Política**. Vol. 1, 10. ed. São Paulo: Editora Ática, 2003, p. 82.

⁶⁷ **MEMÓRIA da Justiça Brasileira**. Vol. 3 Disponível em: www.tj.ba.gov.br/publicacoes/mem_just/volume3/cap2.htm>. Acesso em 27 ago 2004.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto; **Locke e o Direito Natural**, 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 218.

influenciando os movimentos e as Declarações que eclodiriam nas Colônias da América do Norte, no Século XVIII.⁶⁹

Reconhece-se, portanto, que o Bill of Rights serviu como meio de divulgar nas Colônias Americanas os ideais que posteriormente continuaram a serem estudados e difundidos pela doutrina iluminista, contribuindo para a difusão e concretização dos direitos humanos e, por conseqüência, da dignidade da pessoa humana, como se verifica no seu item 10, que dispõe: “que não se exigirão fianças exorbitantes, impostos excessivos, nem se imporão penas demasiado severas”, muito embora seja inegável que se tratou de um documento direcionado para as questões internas do povo inglês, cabendo às Declarações Americana e Francesa - com ênfase para esta - o papel de universalizar os direitos e decorrentes do iluminismo e de outras doutrinas surgidas nos séculos XV a XVII.

1.5.3 A Contribuição das Declarações de Direitos Norte-Americanas para o Reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana

A partir da segunda metade do século XVIII, já em guerra aberta contra a metrópole, seis colônias americanas resolveram proclamar também os seus direitos (Virgínia, Maryland, Carolina do Norte, Vermont, Massachusetts e New Hampshire) bem como encarregar Thomas Jefferson⁷⁰ de redigir significativa carta de independência na qual, entre outras coisas, afirmaria que o governo deveria promover a felicidade dos seus súditos e que, se ele não o fizesse, eles teriam todo o direito de pegar em armas e se libertar, deixando clara a sua adesão à teoria contratualista que via o governante como um mandatário do povo e não de um deus, rompendo com a doutrina do poder divino.⁷¹

⁶⁹ Ibidem, p. 31.

⁷⁰ RAVINOVICH-BERKMAN. Ricardo David. **Hola, História del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Dunken, 1999, p. 62.

⁷¹ ALBUQUERQUE, Celso Duvivier de. **Direito Constitucional Internacional**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Revovar, 2000, p. 76-81.

Seguindo uma tradição herdada de sua pátria-natal, que desde a Magna Carta (1215) passaram a consignar em Declarações àqueles direitos essenciais à existência e à convivência humanas, por ocasião de sua independência os líderes das ex-colônias não quebraram a tradição, introduzindo, entretanto, um ingrediente novo, ao dar a tais direitos uma conformação constitucional, não existente nos movimentos e declarações que a antecederam.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos (4 de julho de 1776), teve como principais modelos precedentes a Magna Carta (1215) e o Bill of Rights inglês (1689), mas os seus criadores não se limitaram a adaptar o conteúdo daqueles documentos à sua realidade. Foram adiante, dotando o texto da declaração de forte conteúdo filosófico extraído das teorias de pensadores como Locke, Montesquieu e Rousseau, podendo assim creditar aos norte-americanos e aos desdobramentos de sua independência, a façanha de dar vida jurídica às teorias que se consagravam na Europa – dentro e fora do continente – naquele período histórico de transformações políticas, sociais e econômicas e que vinham se desenvolvendo desde o Renascimento.⁷²

Essa proeza foi conseguida através da tão almejada positivação dos direitos humanos – já reconhecidos no próprio texto da Declaração de Independência – inseridos naquela que foi a primeira Constituição do Estado Moderno⁷³, como direitos fundamentais, destinados à proteção do indivíduo contra os abusos dos governantes, estando, ainda, contemplados de forma clara na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (12 de Junho de 1776), de cujo artigo 1º extrai-se a emblemática afirmação de que todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os

⁷² COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 95.

⁷³ RABINOVIVH-BERKMAN, Ricardo David. **Hola, História del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Dunken, 1999, p. 70.

meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.⁷⁴

Questão intrigante, entretanto, é a omissão, no texto original da Constituição Americana de 1787, de uma declaração de direitos fundamentais do cidadão, mas ela se esclarece quando se recorda que a aprovação do texto constitucional foi conseguida através de concessões recíprocas entre os representantes das “colônias antifederalistas” e das “colônias federalistas”, sendo que os primeiros eram defensores da inclusão de uma declaração de direitos, ao passo em que os federalistas eram contra, por entender que como as colônias já haviam feito as suas próprias declarações, que haviam sido recepcionadas pela constituição, não havia a necessidade de se instituir uma outra declaração, em nível federal.

Em uma das últimas sessões da Convenção de Filadélfia, George Mason chegou a redigir uma declaração, a qual foi submetida à aprovação com o apoio de outros convencionais, mas a proposta foi derrotada e a Constituição terminou sendo aprovada sem a inclusão de tal declaração, situação esta que não foi aceita pelos defensores da inclusão, os quais trataram de mobilizar a opinião pública em favor de seu ideal e terminaram por lograr êxito, em fase posterior, graças principalmente à adesão de Thomas Jefferson e James Madison, o que possibilitou a aprovação das 10 primeiras emendas à Constituição de 1787, as quais foram apresentadas e aprovadas em 1789 e ratificadas em 1791.⁷⁵

As Declarações Americanas, juntamente com a Constituição, tiveram importância ímpar na tarefa de estabelecer de forma jurídica um novo modelo de reconhecimento de direitos do indivíduo em face do Estado, bem como de deixar consignado de forma escrita àqueles direitos que antes eram citados apenas filosoficamente, tendo assim instrumentalizado juridicamente os chamados direitos naturais, servindo inclusive de paradigma para a formação da teoria constitucional da maioria dos Estados Ocidentais, muito embora os documentos Norte-Americanos não tivessem a pretensão de universalidade que caracterizou a Declaração Francesa.

⁷⁴ COMPARATO Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 101.

⁷⁵ SCHWARTZ, Bernard. **Os Grandes Direitos da Humanidade**. Trad. A.B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1979, p. 93-183.

1.5.4 A Contribuição da Declaração Francesa para o Reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana

A evolução do direito humanitário relaciona-se intimamente com o Iluminismo, época em que se passou a privilegiar a razão humana, possibilitando o abandono das crenças que sustentavam o absolutismo e os privilégios de uma minoria sobre as grandes massas. O homem passou a ser tido como o centro de todas as coisas, mas, até o último quartel do século das luzes (XVIII) essas idéias permeavam apenas as teorias, pois abstraídos os movimentos ocorridos no âmbito interno da Inglaterra, não haviam ainda sido implantado o novo modelo de Estado e tampouco as novas concepções de Direitos humanos, situação que sofreu sensível mudança com a independência americana e com as suas declarações, vista no item anterior.

O caminho definitivo para a era moderna encontra-se sustentado em dois acontecimentos que influenciaram decididamente a história universal. A independência dos Estados Unidos da América do Norte (4 de julho de 1776), que foi o primeiro grande rompimento de uma colônia americana com a metrópole, no caso o império colonial inglês. E, treze anos depois (1789) a Revolução Francesa, ano I da era moderna, pela consagração do levante vitorioso da burguesia e da sociedade liberal, rompendo com a teoria de que o poder era dos reis e repartido pelos nobres, advindo de uma entidade suprema que dava também caráter divino aos governantes. Com a queda do "velho regime", foi definitivamente enterrada a figura ou a condição do súdito, sendo substituída pela de cidadão, em que pese, em um primeiro momento, esta condição ser apenas formal.

Entretanto, há que ser observado o papel expressivo desempenhado pela Revolução Francesa e sua respectiva Declaração, pois mesmo as declarações que acompanharam a independência das Colônias americanas tenham sido um passo importante na evolução dos direitos individuais clássicos, há que se perceber que aquelas declarações se destinaram ao público interno das colônias, tendo pouca importância no contexto internacional, que veio efetivamente a ser abalado por um movimento surgido na França, 13 anos após, que culminou com uma Revolução que

destruiu as bases do absolutismo e fez surgir o Estado Moderno, bem como popularizou a idéia dos direitos individuais, com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, instituída com a característica da universalidade. Verifica-se, pois, que embora a idéia de que a salvação da humanidade está no respeito e na proteção aos direitos humanos já estivesse enunciada no final do século XVII na Inglaterra (Bill of Rights de 1689) e também nos Estados Unidos, por ocasião da Declaração da Independência, tais documentos estavam voltados para a solução de seus problemas internos e visavam a garantir direitos para os seus cidadãos, ao passo em que os revolucionários franceses foram muito mais longe, pois ousaram sonhar com um mundo todo regido por aqueles direitos que dignificavam o ser humano. Enquanto a declaração inglesa (Bill of Rights de 1689) pretende resguardar os direitos do seu povo contra os abusos do rei e a americana expressa antes de tudo uma vontade de descolonização e independência nacional, a declaração francesa de 1789 comporta uma dimensão mais universal, já que ela propõe libertar, não os franceses de uma potência estrangeira, mas o próprio ser humano (todo ser humano) de qualquer servidão – e em particular o cidadão francês do absolutismo.

O caráter universal da declaração francesa fez com que tivesse enorme repercussão, uma vez que proclamava “direitos individuais, válidos para todos os homens de todos os tempos e de todos os países”, deixando expresso, em um ato de considerável ousadia, que seu enunciado se aplicava a todas as sociedades políticas⁷⁶, baseando-se na idéia iluminista de que era necessária a limitação do poder real absoluto, o que se fez possível graças à teoria dos direitos fundamentais como inatos, ou preexistentes ao Estado, mas apenas reconhecidos por este.

A Declaração de 1789 proclama o Estado Liberal, instituindo os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade, e as garantias individuais liberais, que se popularizaram por todos os continentes e terminaram por serem inseridas nas declarações contemporâneas, determinando a orientação passiva do Estado na conservação dos direitos individuais, isso porque, em face de sua

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 139.

concepção predominantemente individualista, os direitos nela contidos eram garantidos apenas formalmente, não prevendo instrumentos para a sua efetivação.

Apesar de seu cunho nitidamente individualista, fruto das idéias que predominavam no século XVIII, a Declaração francesa consistiu em inegável avanço na afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, denominados de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e cidadania, tendo reflexos diretos na dignidade da pessoa humana, consistindo-se no mais relevante passo em direção ao reconhecimento de tal dignidade, até aquele momento histórico, que terminou efetivamente se universalizando e irradiando as suas luzes para as mais diversas constituições, inclusive as brasileiras, tendo ainda o grande mérito de se constituir no modelo, embora enriquecido pela evolução dos problemas e do pensamento jurídico e filosófico, para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que veio a lume no século XX (1948), como herança dos pensadores europeus do direito natural, do Estado de direito e do universalismo nos séculos XVII e XVIII, trazendo a afirmação do ser humano como um ser pensante e como um fim em si mesmo, de perfectibilidade, de liberdade e de consciência moral, como base dos direitos humanos.⁷⁷

1.5.5 A Contribuição da Declaração Universal dos Direitos Humanos para o Reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana

No decorrer da sessão de 16 de fevereiro de 1946 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas delibera-se sobre os trabalhos a serem desenvolvidos pela Comissão de Direitos Humanos, a partir do quê, abre-se a discussão acerca dos Direitos Humanos, que alcançou seu apogeu com a aprovação, em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, da "Declaração Universal dos Direitos do Homem", expressando, em seu artigo 1º, que "todos os homens nascem livres e iguais em

⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 208.

dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade", fazendo assim eclodir o ápice da igualdade de direitos, servindo para revitalizar e universalizar os pressupostos da dignidade da pessoa humana e do respeito à integridade.

Em verdade, na qualidade de herdeira da doutrina iluminista e das declarações que a antecederam, assim como o é a própria Organização das Nações Unidas, a Declaração de 1948 explicita, logo no seu preâmbulo, a doutrina que abraçou, deixando claro que esta se baseia no reconhecimento de que os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declararam resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

A partir dessa nova visão de universalização dos direitos humanos, incorporada na Declaração de 1948, tornou-se necessário, como já previsível, a constituição de mecanismos para promover e proteger todos estes direitos no plano internacional, sendo instituídos diversos mecanismos que se expressam em novos documentos de proteção aos direitos humanos, a partir dos quais se verifica, progressivamente, a internacionalização da proteção desses direitos, por meio de diversos pactos e tratados internacionais. No âmbito das Nações Unidas, em 1966, a Declaração Universal de 1948 é completada com a adoção do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e com o Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais.⁷⁸

Esses tratados que se seguiram à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), foram introduzidos como forma de garantir a efetiva observância de seus princípios pelos Estados, já que havia certo ceticismo⁷⁹ acerca do poder vinculante da própria Declaração, conforme visão formalista que desconsidera a qualidade natural dos Direitos Humanos, que independe de positivação para o seu fiel cumprimento, tanto que ao longo deste trabalho foram ressaltados como objeto de meras “declarações” em documentos como o Bill of Rights de 1689, As Declarações

⁷⁸ GROS ESPIELL, Hector. Apud. PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 79.

⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 208.

da Independência Norte-Americana de 1776 e a Declaração Francesa de 1789, não tendo assim sido constituídos por elas, mas tão somente declarados, porque já existentes como decorrentes da condição humana.

De qualquer sorte, melhor pecar pelo excesso formal, do que abrir espaço para os argumentos contrários ao cumprimento dos direitos humanos “declarados” naquele indispensável documento, que veio à luz como representação da culminância de um processo ético que se desenvolvia a mais de dois séculos (1689) e que passou por significativo momento de reafirmação por ocasião das Declarações do último quartel do século XVIII (1776 e 1789), e que propiciou o reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade como pessoa humana, isto é, como fonte de todos os valores , independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como expressa o seu artigo II:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.⁸⁰

No que concerne especificamente ao tema tratado nesta pesquisa, A Declaração Universal dos Direitos Humanos albergou os direitos do investigado em dois artigos, o XI e o XII, dispondo o primeiro deles sobre o princípio da inocência, nos seguintes termos: “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 [...]”⁸¹, ao passo em o Artigo XII da mesma Declaração de 1948 dispõe que: “ 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”.⁸²

⁸⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Bauru-SP: EDIPRO, 1993, p. 10.

⁸¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Bauru-SP: EDIPRO, 1993, p. 12.

⁸² Declaração Universal dos Direitos Humanos. Bauru-SP: EDIPRO, 1993, p. 12.

Percebe-se, pois, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos veio consolidar o ideal de universalização, deixando antever que os direitos humanos protegem o ser humano perante o Estado, a coletividade ou perante outros indivíduos, não importando quem seja o ocupante do pólo passivo ou ativo da relação social, bastando apenas que figure um ser humano como detentor da dignidade a ser preservada, já que o objetivo da Declaração é garantir uma vida digna a qualquer pessoa humana.

1.6 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO COMPARADO

Embora a primeira constituição criada na perspectiva do chamado Estado Moderno tenha vindo a lume em 1787, como fruto da Independência Norte-Americana e dos ideais iluministas nela inscritos, dentre os quais a inserção de um rol de garantias individuais (através das 10 Emendas ratificadas em 15 de dezembro de 1791⁸³), nela não se fez menção expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana, o mesmo ocorrendo em relação às diversas Cartas Constitucionais adotadas nos mais variados países, que seguiram o modelo das 13 ex-colônias inglesas e também não fizeram tal inserção, como a Constituição Argentina de 1819 e a do Brasil, de 1824, as quais também não fizeram referência explícita ao referido princípio.

Mesmo a avançada Constituição do México (1917), cultuada como pioneira no reconhecimento de direitos sociais e gestada durante a 1ª Grande Guerra Mundial (1914-1918) e sobre a égide do “anarcossindicalismo” difundido principalmente na Europa (Rússia, Espanha e Itália), não inseriu expressamente a dignidade da humana como princípio norteador e garantidor da preservação dos valores maiores da raça humana, encontrando-se nela uma tímida, embora representativa, referência à “dignidade humana” como valor orientador do sistema educacional mexicano, e só, o que não impede que se reconheça que ao introduzir um capítulo relativo à

⁸³ SCHWARTZ, Bernard. **Os Grandes Direitos da Humanidade**. Trad. A.B. Pinheiros de Lemos. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 178-183.

Declaração de Direitos e nele inserir a proteção de direitos humanos, estivesse a referida Carta consagrando a dignidade da pessoa humana, pois vários são os direitos que dignificam o ser humano.

Há que se perceber o grande mérito da Carta mexicana de ter feita expressa referência ao tema da dignidade humana, vinculando-o ao valor educação, demonstrando uma visão pioneira no aspecto constitucional, de deixar claro que a educação é uma das formas de expressão da dignidade no ser humano, e isso se faz presente em todo o Art. 3º e em particular na letra “c”, onde, ao se referir à educação, dispõe que:

Contribuirá para a melhor convivência humana, tanto pelos elementos que forneça a fim de aumentar no educando, junto com o apreço pela dignidade da pessoa e a integridade da família, a convicção do interesse geral da sociedade, através do cuidado que se destine a sustentar os ideais de fraternidade e igualdade de direitos de todos os homens, evitando os privilégios de raças, de religião, de grupos, de sexos ou de indivíduos.⁸⁴

Importa ressaltar o espírito que animou os ideais do Constituinte mexicano de 1917 e nele se percebe a nítida preocupação com a pessoa humana, pois embora com ênfase para a pessoa do trabalhador, ao se garantir condições dignas de trabalho⁸⁵ e uma igualdade substancial entre empregados e patrões, está-se também garantindo ao ser humano uma existência com dignidade.

Destarte, não há como negar a relevante e efetiva contribuição da Carta Mexicana de 1917 no contexto internacional, por ser ela pioneira em reconhecer em um texto Fundamental, os direitos sociais do trabalho, demonstrando uma visão social para aquele premente problema que assolava a humanidade no final do século XIX e início do século XX, demonstrando uma visão social que os países europeus – tradicionalmente na vanguarda – somente tiveram após o término da 1ª Guerra Mundial.⁸⁶

⁸⁴ MÉXICO, **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917**. Disponível em: <www.yacatan.com.mx/especiales/constitucion>. Acesso em 28 jul 2004.

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 176.

⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 169.

A Carta francesa de 1946 já fazia referência, em seu Preâmbulo, à necessidade de por cobro a qualquer tentativa de “degradar a pessoa humana” e, ao contrário da italiana e bem ao gosto da tradição da França, fez inserir que a proclamação se destinava a “[...] todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, nem de crença [...]”, dando-lhe um caráter universal, somente não cuidando de fazer constar, de forma expressa, a proteção para a dignidade da pessoa humana, situação esta que, somada à não inclusão expressa de uma declaração de direitos, culminou por reduzir a influência daquele modelo como paradigma a ser seguido por outros países.

Situação peculiar é encontrada na Constituição francesa de 1958, na qual não se acham catalogados os direitos fundamentais, como ocorrem nas Cartas do pós-guerra da maioria das nações Européias, sendo que, como forma de suprir essa falta, seu Preâmbulo enfatiza uma série de disposições como se estas pertencessem ao Texto Constitucional, adotando a seguinte redação “povo francês proclama solenemente sua adesão aos Direitos Humanos e aos princípios da soberania nacional tais como foram definidos pela Declaração de 1789”, confirmada e complementada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946, o que vem contribuindo inclusive para o reconhecimento de força normativa aos enunciados daquele preâmbulo:

No dia seguinte à vitória alcançada pelos povos livres sobre os regimes que tentaram reduzir à servidão e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama de novo que todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, nem de crença, possui direitos inalienáveis e sagrados. Reafirma solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração de direitos de 1789 e pelos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

Encontra-se, também, na Constituição italiana do pós-guerra (1947), uma menção expressa à dignidade da pessoa humana, mas sem o mesmo alcance que veio a ser reconhecido – um ano depois – na Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada sob a tutela da recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU), que lhe deu um caráter universal, não encontrável na carta peninsular.

O constituinte italiano do pós-guerra teve a inspiração de fazer constar em seu artigo 3. a representativa afirmação de que: “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”⁸⁷, mas limitou a amplitude de aplicação desse direito, por se referir à “dignidade” como um direito inerente ao “cidadão”, retirando o caráter de universalidade, fruto de longo esforço filosófico.

A Carta italiana poderia ter sido mais democrática e estender as suas garantias não somente aos que detivessem a situação jurídica de “cidadão”, mas a qualquer indivíduo, mas há que se ponderar que essa idéia de universalização, mesmo que interna a cada Estado, dos Direitos Humanos, ganhou realmente corpo a partir do advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, fonte esta que não estava disponível aos constituintes italianos por ocasião da elaboração de sua constituição.

Aquela que se apresenta como o grande modelo constitucional de reconhecimento dos valores relativos à dignidade da pessoa humana – por paradoxal que pareça – veio a lume exatamente através da nação que abrigou os responsáveis pelos mais hediondos e horripilantes ataques àqueles mesmos valores, no período da 2ª Guerra Mundial – a Alemanha – cuja política de intolerância e racismo, presentes no sistema nazista, jogou por terra toda uma história de lições deixadas por seus ilustres pensadores, dentre os quais o mais festejado em termos de proteção aos direitos humanos em geral e à dignidade humana em particular, Immanuel Kant, que é considerado como o mais importante entre filósofos do século XVIII.⁸⁸

Abalada pela derrota sofrida no maior conflito armado que o mundo já testemunhou, mas fortalecida pelo exemplo e pelo repatriamento de valorosos juristas exilados, a Alemanha não negou a sua tradição de vanguarda na Filosofia e no Direito moderno, sendo capaz de – já em 1949 – presentear o seu povo em particular e os demais povos – pelo modelo – com uma Lei Fundamental avançada em relação aos direitos sociais, ultrapassando inclusive a já socialmente evoluída Constituição de Weimar (1919) – surgida em situação similar, no pós 1ª Guerra Mundial – ultrapassando

⁸⁷ NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira apud MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 34.

⁸⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 77.

esta, principalmente, pelo mérito de prever também um rol de direitos humanos ainda não contemplados explicitamente como princípios em uma Lei Maior.

A lei Fundamental da República Federal Alemã, de 23 de maio de 1949, tratou de forma minuciosa as garantias humanas e elegeu a dignidade da pessoa humana ao patamar de princípio fundamental, estatuidando que: “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”, em uma feliz formulação que não deixa dúvida quando ao caráter universal dessa proteção, extensível à pessoa humana, sem imposição de outros requisitos, como já constava da teoria Kantiana e da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O vanguardismo do legislador Alemão garantiu lugar de destaque internacional à Lei Fundamental de 1949, que terminou por servir de paradigma para a elaboração do constitucionalismo europeu continental da pós-modernidade, influenciando, dentre outras, na Constituição portuguesa de 1976⁸⁹, a qual dispõe que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

Também a Constituição Espanhola de 1978⁹⁰ recebeu essa influência, encontrando-se em seu art. 10 -1 que “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade [...] são fundamento da ordem política e da paz social” migrando inclusive para diversas Constituições da América Latina, como a Constituição chilena⁹¹ de 1980, a Constituição brasileira de 1988⁹², a Constituição colombiana de 1991⁹³ e a Constituição paraguaia de 1992⁹⁴, todas elas fazendo inserir em seus respectivos textos a dignidade da pessoa humana como valor fundante, ou seja, como fundamento mesmo do próprio Estado.

⁸⁹ PORTUGAL. (de 2 de abril de 1976). **Constituição da República Portuguesa**. 1976.

⁹⁰ ESPANHA. (de 29 de dezembro de 1978). **Constituição da Espanha**. Art. 10 -1. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1986, p. 3.

⁹¹ CHILE. **Constituição Política da República do Chile**. art. 1º.

⁹² BRASIL. (2001). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

⁹³ COLÔMBIA. (de 6 de julho de 1991). **Constituição Política da Colômbia**. Art. 1º, 1991.

⁹⁴ PARAGUAI. (de 20 de junho de 1992). **Constituição da República do Paraguai**. Art. 1º, 1992.

1.7 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.

Na linha adotada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹⁵, o constituinte brasileiro fez inserir na Constituição Federal Brasileira de 1988, logo em seu artigo 1º, a consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito⁹⁶, passando a constituir, assim, a fonte ética dos direitos fundamentais reconhecidos na mesma Carta Política, os quais, em verdade, são emanações do valor básico da dignidade.

Esse valor dignidade da pessoa humana apresenta-se como uma força da qual irradiam os demais direitos humanos reconhecidos no texto constitucional, apresentando-se a institucionalização desse valor, do Art. 1º, inciso III da Constituição de 1988, como uma explicitação desse mesmo valor-fundante, já presente no Preâmbulo, eis que não se apresenta possível alcançar-se a idealizada “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”, sem que a dignidade da pessoa humana seja respeitada em todas as suas dimensões, aí surgindo com destaque os direitos sociais ou individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Para a preservação da dignidade da pessoa humana é indispensável a proteção a todos direitos da personalidade, os quais têm como objeto os atributos físicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, compondo-se de valores inatos, como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a honra, esses direitos fundamentais, protegidos em nossa Constituição Federal (art. 5º), são reflexos do valores inseridos na própria idéia de dignidade.⁹⁷

⁹⁵ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, Art. 1º.

⁹⁶BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

⁹⁷ BITTAR, Carlos Alberto . **Os Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 22-23.

A doutrina observa que a nossa Constituição Federal ao se referir à dignidade, fê-lo em relação à “pessoa humana”, não se contentando em mencionar apenas o termo “pessoa”, com a precípua finalidade de deixar claro que toda a raça humana merece a proteção de sua dignidade, ou seja, que basta ser membro da raça humana para obter a proteção Constitucional –fundamental -, brotando a dignidade do simples fato da existência humana, como, aliás, já o fizera expressamente, a Lei Fundamental Alemã.⁹⁸

Dentro dessa postura, ao se referir a pessoa com o sentido de ser humano, resta afastada a possibilidade de que se valha de artifícios técnicos, jurídicos ou filosóficos, que permitam se enxergar dentro da raça humana a possibilidade de separação de seus membros em “pessoas” e “não pessoas”, como se verificou no sistema greco-romano, onde somente os cidadãos e homens livres eram pessoas no sentido hodierno, o que se repetiu no Brasil, onde os africanos e afro-descendentes foram escravizados durante quase quatro séculos e não perderam essa condição, mesmo com o advento da Constituição de 1824, haja vista que esta não garantia os direitos da raça humana, mas sim, os dos cidadãos, conforme deflui do seu artigo 179, vazado nos seguintes termos: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império ...”.

Dado ao objetivo proposto nesta pesquisa estar voltado com exclusividade para a questão relativa ao choque ou colisão entre o direito à imagem, o direito ao nome e o direito à honra do investigado - na fase pré-processual, no contexto do processo penal brasileiro - com a liberdade de informação jornalística, pretende-se demonstrar que aqueles direitos compõem a personalidade do indivíduo e emanam da própria proteção constitucional à dignidade, eis que ela apresenta-se como verdadeiro sobre-princípio, do qual irradiam as luzes criadoras dos demais direitos fundamentais e até mesmo como a luz principal do universo principiológico inserido na Constituição Federal Brasileira de 1988.⁹⁹

⁹⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

⁹⁹ Nunes, Luis Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

Quando o Constituinte brasileiro de 1988 fez inserir no Preâmbulo e no artigo de abertura da Constituição Federal de 1988 a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental do Estado, transferiu a este e a cada um de seus integrantes, a responsabilidade por tornar eficaz essa busca por uma sociedade fraterna e igualitária, o que somente se apresenta possível diante de um ferrenho empenho no cumprimento dos direitos humanos de cada um, por todos, agentes públicos, servidores comuns e também pelas pessoas físicas e jurídicas em geral.

Para que esse espírito que animou o Constituinte brasileiro de 1988 não se caia no esquecimento, necessário se faz que a sociedade como um todo perceba a importância de se valorizar cada um dos direitos humanos que integram a grande família do valor dignidade da pessoa humana e que tenha presente que esse valor-fundante não surgiu como uma dádiva, representando em verdade um especial momento da história da humanidade, que após uma longa evolução permitiu que se alcançasse esse estágio, o qual não pode ser perdido em face da omissão e da inércia, pois o homem não cria valores do nada, eles surgem do consenso social sobre uma tábua hierarquizada de bens dentro de um determinado contexto e, uma vez reconhecidos é porque a sociedade os entendeu relevante e deve preservá-los, respeitá-los e exigí-los, em relação a si e também aos seus semelhantes.¹⁰⁰

Deve-se partir da premissa de que o homem não cria valores do acaso, defluindo-se daí que na avaliação individual dos bens valorados, há muita variação, havendo necessidade, como uma condição de convivência humana harmoniosa, que se proceda a uma hierarquização de valores, onde se considere uma certa hierarquia disseminada pela sociedade organizada, pois encontram-se sempre bens ou ações humanas que, no campo objetivo, são mais valiosos do que outros, estando presente, em toda sociedade organizada, uma hierarquia a ser considerada, dentro de cada série positiva ou negativa, percebendo-se haver bens ou ações humanas que, objetivamente, valem mais que outros, ou representam contra-valores mais acentuados que outros.¹⁰¹

¹⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 24.

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 24.

Nessa perspectiva é que se propõe enxergar a questão alusiva aos direitos inerentes à imagem, ao nome e à honra, como reflexos da personalidade e, em consequência, sob o manto protetor do valor-fundamental dignidade da pessoa humana, onde qualquer um que tenha tais valores desconsiderados, deve ser enxergado sempre como uma pessoa humana, um ser humano, merecedor, portanto, da proteção integral do Estado e da Sociedade.

1.8 DIREITO À PROTEÇÃO AO NOME, A IMAGEM E À HONRA, COMO REFLEXOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Atendendo aos propósitos deste trabalho, necessário se faz proceder a uma incursão pelo direito à imagem, ao nome e à honra do investigado, no contexto da fase pré-processual penal brasileira, com vistas a demonstrar que esses direitos encontram-se inseridos naqueles que constituem a personalidade da pessoa humana investigada e, por conseguinte, são valores diretamente derivados da luz irradiada pela dignidade da pessoa humana, o que evidencia um ataque a este valor basilar, quando se verifica um desrespeito àqueles direitos.

Os direitos da personalidade se apresentam como proteção subjetiva à pessoa humana, a quem é reconhecido ver protegidos aqueles valores que são inerentes a sua qualidade de ser humano. Permitem que o ser humano tenha, consume e proteja o seu “eu”, mantendo a sua identidade individual, grupal, social, que se apresentam como condições indispensáveis para uma vida e existência dignas, ou seja, são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação ou honra, a imagem, dentre outros.¹⁰²

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

Percebe-se que em um primeiro momento os direitos do homem foram reconhecidos para proteger o indivíduo contra a ação do Estado. Os direitos da personalidade seriam os mesmos direitos, mas sob o prisma não só da proteção contra o Estado, mas também como uma decorrência do vínculo entre particulares, ou seja, o sujeito passivo não seria necessariamente o Estado, mas outro particular, o que evidencia uma percepção surgida na chamada segunda dimensão dos direitos, onde o Estado não se coloca mais como o grande inimigo do indivíduo, mas também como um parceiro e protetor dos direitos na atual quadra histórica, onde o modelo estatal que predomina no mundo ocidental é o Estado Democrático de Direito – modelo adotado pelo Brasil - Não parece de maior relevância, salvo para uma compreensão didática e histórica dos chamados direitos humanos de primeira e segunda geração, centrar o debate em torno da qualificação do sujeito passivo do direito, até porque, em relação aos objetivos desta pesquisa, trabalha-se com a colisão de princípios ou valores constitucionais, figurando dentre eles a dignidade da pessoa humana.

A idéia dos direitos da personalidade está vinculada ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, imprescindível ao desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais, tais como a vida, a incolumidade física e psíquica, o próprio corpo, o nome, a imagem, a honra, a privacidade¹⁰³, mas dada à delimitação proposta nesta abordagem, o foco estará voltado para a imagem, o nome e a honra e mesmo assim com a observação de que a afronta àqueles, importará, na espécie, em uma necessária afronta também à honra e, por conseguinte, à personalidade da pessoa investigada.

Note-se que todos os direitos, na medida em que conferem conteúdo à personalidade poderiam chamar-se direitos da personalidade. No entanto, na linguagem jurídica corrente, essa designação é reservada àqueles direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Essa concepção deixa evidente que existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o

¹⁰³ REALE, Miguel. **Os Direitos da personalidade.** Disponível em:<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acesso em 22 mar 2004.

indivíduo — o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.¹⁰⁴

1.8.1 O Nome Como Elemento da Personalidade

O nome apresenta-se como o sinal distintivo essencial e obrigatório que identifica e individualiza a pessoa natural em todos os tempos e lugares, portanto, é permanente, unindo-a como ser individual à sociedade, à família, ao comércio e aos atos jurídicos. Criação que dá vida ao indivíduo, tem a sua imprescindibilidade indiscutível, pois, desde os primórdios tempos, é reconhecido. Assim, não se pode imaginar qualquer pessoa sem nome. Caso isso ocorresse, existiriam apenas corpos (matéria) sem identificação, impossibilitando a comunicação e as relações públicas e privadas.

Apresenta-se, assim, o nome, como um elemento identificador indispensável à pessoa humana nas suas relações familiares, sociais e com o Estado, justificando-se, por isso, o seu carácter obrigatório, já que segundo a Lei de Registros Públicos brasileira, não só o registro de nascimento é peremptório (artigo 50), como também a inserção do nome e do prenome que se dá ao registrando (artigo 54, 4º). Assim, o nome tem no seu registro o suporte fático, introduzindo-se, dessa forma, no mundo jurídico e gerando uma identidade ao ser humano, que passará a ser identificado através daquele.

Nesse aspecto, mais do que um direito vinculado à identidade, o nome permite a uma pessoa ser individualizada e diferenciada de qualquer outra, no contexto social, sendo que esse nome é, pois, mais do que a designação pela qual se identificam e distinguem as pessoas naturais, nas relações concernentes ao aspecto civil da sua vida pública, servindo mesmo para personalizar um indivíduo, permitindo uma fusão entre a sua imagem física e a designação pelo nome, pois quando alguém se refere um dos desses elementos, termina por ligá-lo ao outro.

¹⁰⁴ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. de Adriano Vera Jardim. Lisboa: Ed. Livraria Moraes, 1961, p. 17.

Visa, portanto, o nome, exercer duas funções principais: a individualizadora, vinculada à necessidade de distinguir os indivíduos entre si, e a de identificar, que realiza a sua tarefa na medida em que permite à pessoa detentora do nome ser identificada no meio social, mas a partir da fixação do nome à pessoa, passa ele a dar unidade à pessoa individualizada, pois está no ser humano, compondo-o, integrando-o. Em outros termos, é o sinal distintivo que leva o seu portador a ser conhecido na sua família e na comunidade em que vive, bem como em qualquer outro meio a que venha a se integrar, mantendo-se inseparável do seu titular, a quem confere exclusividade e adere à sua personalidade, constituindo o mais vivo elemento identificar da sua pessoa.

Representa perante o Estado e ao direito público estabilidade e segurança na identificação das pessoas que o integram, enquanto que no respeitante às relações privadas, visa principalmente a garantir o exercício de direitos e o cumprimento dos deveres pelos seus titulares, os quais têm o interesse em que seus respectivos nomes sejam mantidos íntegros, limpos, acima de quaisquer suspeitas, eis que em verdade alguns nomes dizem mais do que a própria pessoa que o detém, como, v.g., o nome de um escritor famoso, que mesmo não tendo a sua imagem conhecida, tem a sua obra homenageada por seu nome, que termina se confundindo com a própria pessoa, pois não há como se referir a ele a não ser pela identificação representada pelo nome.

Integra, portanto, o nome do ser humano, a sua personalidade e, não é só, dada a sua particular condição de representar, juntamente com a imagem, a forma como a pessoa humana se faz representar perante o mundo, o nome está vinculado diretamente ao ideal de dignidade da pessoa que o detém e isso é corroborado, inclusive, pelo legislador da Lei de Registros Públicos brasileira¹⁰⁵, que no Parágrafo Único do artigo 55 determinou expressamente que “Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores [...]”, isso com vistas à proteção da dignidade contra o desrespeito decorrente de pilhérias e menosprezos, decorrentes de a pessoa ser dotada de um nome bisonho.

¹⁰⁵ Lei nº 6.015/1973.

Obviamente, a determinação tem por objetivo evitar que a registrando receba um nome capaz de submetê-lo a pilhéria alheia, mas, no âmago da preocupação da lei, encontra-se um princípio maior, assegurar a respeitabilidade àquele registrando, que vem a ser o de se dedicar a ele o efetivo respeito à dignidade da pessoa humana, a começar por protegê-la contra a o registro com um nome que possa diminuir a sua condição de igualdade diante dos seus semelhantes, reduzindo a sua auto-estima por ser detentor de um nome sujeito a “piadas” e outras manifestações de desprezo que possam se opor ao almejado “bem-estar”, que deve acompanhar o ser humano em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Nesse momento já é possível perceber que, merecendo o nome a proteção do Estado, enquanto reflexo derivado da personalidade de seu detentor, em se tratando da pessoa humana sujeita a investigação preliminar de natureza criminal - estando ela, portanto, na qualidade de suspeita ou mesmo de indiciada- a divulgação de seu nome através dos meios de comunicação possui, indubitavelmente, o condão de enodoar esse seu nome, e, por conseguinte, a sua própria pessoa, entendido o nome enquanto elemento identificador perante a sociedade com a qual interage, passando a ser uma pessoa estigmatizada e detentora de um nome que lhe trará vergonha e não prazer, o que importa em afronta à sua dignidade enquanto pessoa humana.

1.8.2 O Direito à Imagem como elemento da Personalidade

A imagem sempre simbolizou um meio de comunicação entre os povos, desde os primórdios da civilização, conforme se verifica nas representações gráficas costumeiramente encontradas nas cavernas onde habitavam os nossos ancestrais pré-históricos, tendo evoluído a forma de comunicação através da imagem, na medida em que as civilizações se desenvolveram e aprenderam novas técnicas passíveis de representá-la, como ocorreu com os gregos, que usando a escrita

tornaram possível a autoglorificação helênica, com destaque para Pausânias, que se utilizou da descrição das imagens do bairro Cerâmico, em Atenas.¹⁰⁶

Dos povos da antiguidade, os que apresentaram uma produção cultural mais livre foram os gregos, por valorizarem especialmente as ações humanas, na certeza de que o homem era a criatura mais importante do universo, o conhecimento, através da razão, esteve sempre acima da fé em divindades, as quais eram representadas por deuses com características humanas e poderes especiais, ainda na antiguidade remota passaram os escultores gregos a esculpir monumentos à beleza humana, através de estátuas que simbolizavam o ser humano, não como realmente era fisicamente, mas com a beleza física que aquele povo tanto cultuava, o que evidencia o respeito que era demonstrado à imagem do ser humano.

Também os romanos antigos logo conheceram métodos artísticos para a reprodução da imagem humana, com destaque para as estátuas e as pinturas, que tem servido, ao longo do tempo, para que se reproduza o modo de vida daquele povo e mesmo para traçar as características das pessoas daquela época, como ocorre em relação à “pintura de Pompéia”.

Percebe-se, pois, que desde tempos imemoriais o homem procurou meios que propiciassem uma reprodução de sua compleição física, ou seja, formas de reprodução de suas características físicas, começando por desenhos rústicos, passando-se às efígies, às pinturas, até alcançar, já na primeira metade do século XIX, a fase da fotografia, que permitiu a popularização dessa necessidade humana de reprodução de sua imagem.¹⁰⁷

Da fotografia, passou-se à filmagem –inicialmente para o cinema, posteriormente para a televisão e, na última década, para a internet – e então aquela grande conquista do homem, quando mal utilizada, tornou-se capaz de voltar-se contra ele,

¹⁰⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Grego & Historiografia Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25.

¹⁰⁷ VASQUEZ, Pedro Karp. **A Fotografia no Império**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 8.

pela facilidade de rapidez com que a divulgação dessa sua imagem pode significar momentos de glória ou de destruição moral, financeira e social.

A imagem, por sua particularidade de individualizar diretamente o ser humano perante os seus semelhantes, agrega-se diretamente à personalidade de cada um e, se utilizada de forma perniciosa, possui o condão de nodoar a percepção externa sobre a pessoa humana retratada, desenhada, firmada ou reproduzida por qualquer meio, sendo que em se tratando de meios como a televisão, a “internet”, as revistas e os jornais, os malefícios a serem experimentados podem ser ainda maiores.

Tal situação não passou ao largo da visão do Constituinte brasileiro de 1988, o qual, ciente da necessidade de garantir o indivíduo contra a utilização indevida de sua imagem, deu uma nova roupagem a essa proteção, de alcance diferenciado da “imagem-retrato”¹⁰⁸ e apto a proteger independentemente de dano economicamente apurável, ultrapassando a idéia dominante na doutrina civilista, que a enxergava tão somente no seu aspecto de divulgação ou publicação não autorizadas, situações desvinculadas de possível resultado danoso para o titular da imagem e mais voltadas para o resultado econômico daquela divulgação e alcançando uma proteção integral, que possibilite amparar mesmo quando ausente o interesse econômico.

Apresentou-se uma segunda dimensão em que também a Constituição Federal trouxe proteção à imagem, sendo esta segunda de caráter menos privado do que a da “imagem-retrato”, o que é perceptível à medida que se tenha em conta que o Constituinte fez inserir, ao lado da honra, também incluída entre os direitos da personalidade, a proteção à imagem, valendo-se diretamente de dois incisos, todos dentro do art. 5º (V e X), para cuidar da matéria, por certo não quis ser repetitivo, tendo feito essa opção por vislumbrar que existem conceitos diferentes sobre o mesmo termo, que ultrapassam o sentido do mero proveito econômico.

O intérprete não deve se apegar, apenas, ao significado de imagem como figura, aspecto físico do ente, devendo perceber que o conceito de imagem é mais dilatado,

¹⁰⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção Constitucional da Própria Imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 27.

englobando, além da forma física, a forma ideal pela qual se é visto por outras pessoas. Nessa segunda dimensão, a imagem não fica com o seu conceito restrito à visualização dos aspectos físicos da pessoa humana, alcançando uma outra vertente do conceito de imagem, que se encontra vinculado às características sociais da pessoa detentora da imagem, construídas ao longo de sua existência.

A autonomia do bem imagem, em qualquer de suas dimensões, é reconhecida perante a ordem jurídica, uma vez que a Constituição, em seu art. 5º, incisos V e X, ao tratar do instituto ora em comento, lado a lado com a honra, a intimidade e a vida privada, deixou claro que pretendia propiciar uma proteção mais ampliada para a honra, havendo que se distinguir entre a exploração indevida da imagem de alguém, sem contudo lhe causar desgaste ou lhe impor ranhuras, quando então se estará diante da imagem-retrato protegida pelo inciso X, com a situação em que, mesmo sem haver qualquer interesse comercial ou monetário na divulgação, esta, por estar vinculada a uma situação geradora de descrédito, de desmoralização ou desprestígio, possa vir a representar um prejuízo para a imagem, no seu aspecto de “atributo da personalidade”, que por sua vez se apresenta como valor indissociável da pessoa que a detém (a imagem).

Nesse mesmo contexto, a pessoa humana sujeita a investigação criminal que venha a ser filmada, fotografada, desenhada, ou que se submeta, involuntariamente, através de qualquer método, à captação e divulgação de seus dados físicos característicos, estará sendo exposta à execração pública, em uma situação onde, a exemplo da digressão feita por ocasião da análise da proteção ao nome, encontra-se protegida princípio da inocência ou da não culpabilidade, que reconhece o direito de que a pessoa humana somente possa sofrer os efeitos maléficos da pena, após ter sido regularmente processada e condenada, dispondo o Artigo 5º, inciso LVII da Carta Constitucional que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, mas o que estará efetivamente sendo atingido é o seu direito à honra ou sua boa-reputação, servindo a imagem de instrumento para aquela afronta à personalidade da pessoa investigada.

Atento a essa quase “simbiose” entre o direito à imagem e a direito à honra, o legislador constitucional não descurou de prever especial amparo a ambos os

direitos, aos dispor, no artigo 5º, inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, em uma clara demonstração de apreço por ambos os valores representados como componentes da personalidade individual, prevendo expressamente a autonomia do direito à imagem, mas nem por isso excluindo a possibilidade de que em situações próprias, se possa deparar com uma conexão entre esses direitos fundamentais.¹⁰⁹

Presente essa conexão, onde esteja clara a afronta à imagem-atributo, em que pesem os respeitáveis posicionamentos em contrário, há que se reconhecer a possibilidade de que a afronta à personalidade se dê através do reflexo da imagem na própria honra e exemplo disso é a divulgação da imagem de uma pessoa à qual se atribua a prática de um fato delituoso, feita através da mídia, pois a consequência previsível é que essa pessoa venha a ter a sua imagem nodoadada, juntamente com a sua honra, até porque, se esta não restar afetada, aquela também não restará.

É certo que a indevida afronta ao direito de imagem pode ou não significar um desrespeito a honra ou boa reputação da pessoa, havendo casos em que poderá inclusive servir para projetar a imagem de forma benéfica ao detentor do direito, razão pela qual, em atenção aos limites deste estudo, a abordagem feita ao direito de imagem se direciona à idéia de imagem-atributo da pessoa investigada que tem o seu retrato, desenho, caricatura, fotografia, ou qualquer outra forma de idealização da imagem divulgada através da mídia, vinculando-a à alguma prática delituosa, quando então – repita-se - o que estará sendo diretamente afrontada – em regra - é a sua honra, que restará, enodoada em proporção correspondente ao alcance do meio de comunicação utilizado e à ênfase que for dada ao caso, caso a suspeita que recai sobre a pessoa humana investigada não venha a se confirmar.

Acentua-se, assim, que na conformação que lhe deu o texto Constitucional de 1988, a imagem da pessoa humana encontra-se protegida em dois âmbitos ou dimensões, a primeira se identificando com a visão da doutrina tradicional de proteção da "imagem-retrato" onde se percebe uma tendência de proteção ao uso indevido da

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 8. ed. Atualizada de Acordo com o Nosso Código Civil, (Lei 10.406 de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33.

imagem em si - vista sob o aspecto físico - como forma de obter o infrator algum proveito de natureza econômica, mas sem o objetivo de causar lesão ou nódoa à imagem; a segunda dimensão alcança a idéia da proteção integral da imagem e busca reconhecer que o seu titular não só nasceu e se desenvolveu com a imagem, mas cultivou, ao longo de sua existência, elementos capazes de agregar valores a ela, consistindo esses valores em atributos que encontram-se agregados à imagem, que então não é vista tão-só como os elementos físicos que caracterizam a pessoa, mas também com os caracteres morais que a forjaram, durante a existência do seu titular, sendo denominada de "imagem-atributo", a qual poderá ou não ser atingida junto com a honra.

O campo da "imagem-atributo" margeia o da honra, mas com ele não se confunde, pois, naquela proteção a preocupação ainda é com a imagem, sem adentrar na questão de afronta à honra, ou seja, busca-se demonstrar que além dos características físicas que são exploradas na afronta à "imagem-retrato", nesta outra há a preocupação em se verificar se a conduta do infrator causou alguma lesão aos atributos morais que acompanham a imagem, sendo interessante observar que no primeiro caso a violação estará sempre ligada à não autorização da divulgação, enquanto que no segundo, mesmo havendo a autorização do titular para a divulgação, o infrator poderá ter ultrapassado os limites autorizados, vinculando a imagem a situações não previsíveis e aceitáveis naquele caso concreto, que terminem por comprometer os atributos agregados à imagem do titular.¹¹⁰

A falta de consenso sobre o tema é reflexo de uma mesma situação vista em diferentes momentos históricos, pois é ainda recente a inclusão do direito de imagem como uma garantia autônoma e essa situação vem se consolidando nas últimas

¹¹⁰ Um bom exemplo da situação exposta seria a de um atleta que cultive, ao longo de sua carreira, uma postura contrária ao uso de tabaco, vindo a firmar um contrato de exploração de sua imagem para a veiculação de materiais esportivos, mas que em dado momento é surpreendido com uma campanha publicitária onde ele aparece alardeando as vantagens do tabagismo para o desenvolvimento do esporte. Nessa situação, o responsável pela divulgação da imagem do atleta feriu o seu direito de imagem, mas não se limitou a permanecer no âmbito da utilização indevida da imagem no seu aspecto físico, alcançando também um atributo consolidado a longo tempo pelo atleta e atingindo-o inclusive moralmente, pois sentir-se-á mal por ver que divulgou o produto tabaco, contra as suas convicções; mas, observe-se que, nem por isso há que se dizer que a sua honra foi maculada, pois a divulgação do tabaco, por si mesma, não é capaz de desonrar alguém, pois dentre os milhões de fumantes há considerável número de pessoas honradas, não havendo qualquer evidência de que o fumante seja menos honrado do que um não-fumante.

décadas, ganhando renovadas e indiscutíveis forças com a efetiva inclusão no rol de direitos humanos do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988, conforme observa o constitucionalista pátrio Celso Bastos¹¹¹ ao ressaltar que: “Mas, na verdade, de substancial, no rol desses direitos individuais, [...] eu só encontro, de novidade, a proteção que é dada à intimidade, à vida do lar e à imagem da pessoa [...]”.

1.8.3 O Direito à honra como elemento da Personalidade

Também denominado direito à integridade moral ou à reputação, o direito à honra tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais. Toda pessoa, por mais que se conduza de modo não ético, desfruta desse direito, em grau maior ou menor, a depender de seu comportamento moral e da comunidade em que vive ou atua. A honra, que se constrói no ambiente social, é o mais frágil dos direitos da personalidade, porque pode ser destruída em virtude de informação, mesmo que inverídica, decorrente de ação culposa ou dolosa. A honra há de ser aferida pelo juiz considerando os valores do lesado em harmonia com os valores cultuados na comunidade em que vive ou atua profissionalmente.¹¹²

A honra pode ser entendida tanto como subjetiva, quando toca à própria auto-estima que a pessoa física cultiva, bem como objetiva, que se refere ao conceito daquela mesma pessoa no meio social, podendo este atingir a pessoa humana e também a pessoa jurídica, que também depende de consideração, apreço e estimas sociais, mas, para atender o escopo desta pesquisa, limitar-se-á o estudo à honra – subjetiva e objetiva -, da pessoa humana suspeita ou investigada, desde o momento da possível ocorrência delituosa, até a conclusão do inquérito policial, já que com a remessa do inquérito para a Justiça, encerra-se, em tese, chamada fase inquisitorial ou investigatória, que se constitui na primeira fase da persecução penal, no sistema processual penal brasileiro.

¹¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Direitos e Garantias Individuais**. A Constituição Brasileira de 1988, Interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 22.

¹¹² Superior Tribunal de Justiça. Resp. Nº 60.633-2-MG.

Dentro dos limites propostos para este estudo, o direito à honra será abordado em seus aspectos subjetivos e objetivos, como forma de se alcançar os limites da proteção que a Constituição de 1988 lhe dispensa e a sua qualificação como mais um dos direitos componentes da personalidade, a merecer proteção do âmbito espesso da dignidade da pessoa humana, mas com uma limitação aos aspectos que dizem respeito com a divulgação de fatos delituosos veiculados pelos meios de comunicação social e vinculados ao nome e à imagem da pessoa humana investigada, em uma concepção compatível com aquela abraçada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹³, que caracteriza a honra como:

[...] o respeito devido a cada um pela comunidade. Assim, o direito da inviolabilidade da honra se traduz na proibição de manifestações ou alusões que tendam a privar o indivíduo desse valor. A honra veste a imagem de cada um.¹¹⁴

Essa visão é compartilhada também pelo constitucionalista José Afonso da Silva, para quem “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 de a pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem direito de preservar a própria dignidade [...]”.¹¹⁵

Apresenta-se, assim, a honra, como aquele contingente mínimo de prestígio que um ser humano deve ostentar com vistas a merecer o respeito social e próprio, através do qual obterá a satisfação de ser respeitado e estimado por seus concidadãos, podendo manter acesa a sua auto-estima, pois que, em regra, uma pessoa humana que não goza de um mínimo prestígio social será atingida também em seu amor próprio, abatendo a sua auto-estima e culminando por através dessa baixa auto-estima e inexpressivo prestígio social, ver atingida a sua dignidade como pessoa humana, diminuída perante os demais e impedida de alcançar o bem-estar e a igualdade, como valores supremos de uma sociedade fraterna almejada já no Preâmbulo Constitucional.

¹¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 36.

¹¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 36.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 212.

Veja-se o perigo a que se expõe a pessoa investigada, quando de forma indiscriminada os meios de comunicações se põem a divulgar fatos tidos como delituosos, vinculando-os ao seu nome ou mesmo à sua imagem, na qualidade de suspeito ou indiciado, pois a partir da divulgação desses elementos caracterizadores da personalidade daquele investigado, atingir-se-á também a sua honra e com efeitos quase que irreversíveis e de alcance imprevisível, a depender do meio de comunicação utilizado – podendo ir de um jornal de pequeno alcance a um de ampla divulgação, às revistas, à televisão e mesmo à Internet-, do espaço físico e social ocupado por aquela pessoa, bem como da ênfase dada ao caso.

Esse investigado, dentro do sistema adotado como padrão pelos estados democráticos de direito, como o Brasileiro, encontra-se amparado pelo princípio “due process of law” e pela garantia de que não será considerado culpado, até que haja uma sentença condenatória que o tenha reconhecido como tal, em um processo onde não haja mais possibilidade de recurso, estando o investigado agora efetivamente condenado e a infeliz e desaconselhável prática cotidiana, consistente em antecipar essa condenação para o início das investigações, afronta diretamente a honra e outros direitos componentes da personalidade do investigado, atingindo a sua dignidade humana e ferindo, irremediavelmente, o princípio fundamental da República Federativa do Brasil, presente no artigo 1º, inciso III, de sua Constituição.

O devido processo legal garante que os suspeitos ou investigados somente serão considerados culpados mediante um processo regido pelas garantias individuais, que seja alcançado por uma sentença condenatória justa e aparece com tal magnitude no sistema processual brasileiro, que foi erigido à condição de princípio constitucional, estando inserido no Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal Brasileira, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Em relação ao direito à presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, é ele, igualmente, fruto das conquistas alcançadas pelas idéias que possibilitaram a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito, quando floresceu na Europa Continental um novo modelo processual, que

repugnava algumas práticas do sistema processual penal inquisitório, em vigor desde o século XIII e que presumia o acusado culpado, sendo que esse rompimento com o paradigma então dominante é percebido pelas luzes da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que acompanhou a Revolução Francesa, de cujo art. 9º se extrai “Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”¹¹⁶, esclarecendo o professor José Afonso da Silva que esta garantia encontra-se presente na Constituição de 1988, que a afirma como uma das “garantias da presunção de inocência, segundo as quais ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (inc. XVII) [sic].”¹¹⁷

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento jurisprudencial de que providências que afrontam a proteção ao nome do réu, como o lançamento no rol dos culpados (CPP, art. 393, II), somente podem ser adotadas após ter ocorrido o trânsito em julgado da respectiva sentença de caráter condenatório, conforme se vislumbra em recente acórdão relatado pelo Ministro Carlos Vellozo¹¹⁸:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DECORRENTE DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, DO LANÇAMENTO DO NOME DOS RÉUS NO ROL DOS CULPADOS, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. CPP, ART. 393.

I. - O Supremo Tribunal decidiu, inclusive pelo seu Plenário, que a prisão de réu condenado por decisão ainda pendente de recurso não afronta o princípio da presunção de não culpabilidade previsto no art. 5º, LVII, da Constituição. II. - Não constitui constrangimento ilegal a determinação pela sentença de primeira instância, do lançamento do nome dos réus no rol dos culpados, após o trânsito em julgado. III. - H.C. indeferido.

Essa posição do Supremo Tribunal Brasileiro, bem evidencia o seu viés garantista, traduzindo a sua real preocupação com a proteção das garantias voltadas para a proteção do investigado, nas diversas fases que o cercam na caminhada processual, seja na judicializada, seja principalmente na fase inicial da investigação, onde sobre ela pesa, muitas vezes, uma mera suspeita, estando patente na sinalização deixada

¹¹⁶ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 7. ed. São Paulo: Ícone, 1997, p. 292.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42.

¹¹⁸ STF. HC 76747 / DF - Relator: Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 14/04/1998 :Publicação: DJ DATA-20-04-01 PP-00107 EMENT VOL-02027-05 PP-00890.

pela Corte Constitucional que não se pode olvidar dos postulados do princípio da “presunção de não culpabilidade”, permitindo-se indiscriminadamente a adoção de medidas que antecipem juízos de condenação da Pessoa Humana Investigada.

2 A ORIGEM DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A SITUAÇÃO JURÍDICA DO SUSPEITO OU INVESTIGADO

Hodiernamente se apresenta singela a percepção, principalmente no modelo processual penal adotado no Brasil, de que a persecução processual em relação à pessoa supostamente envolvida em um fato criminoso – o suspeito - se dá, em regra, em duas fases distintas, uma extrajudicial e a outra, judicial, sendo que a primeira é realizada no âmbito administrativo, pela polícia judiciária, através do instrumento denominado de inquérito policial, observando-se que o vetusto Código de Processo Penal ainda em vigor, dispõe em seu artigo 4º, caput, que “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Nem sempre, entretanto, houve essa clara repartição de atribuições e competências entre as atividades exercidas pela autoridade judiciária e aquelas atribuições da autoridade administrativa, no âmbito da persecução penal e, a exata compreensão do tema impõe, necessariamente, que se faça uma incursão, ainda que perfunctória, nos modelos processuais penais que vigoraram na cultura ocidental, ao longo de sua história, contextualizando-se, assim, em que ambiente histórico e filosófico se deu o surgimento do inquérito policial, no sistema brasileiro, com as características e finalidades que hoje lhe são peculiares.

A premissa norteadora é a de que o direito penal nem sempre teve o conteúdo e a forma que hodiernamente apresenta e, freqüentemente, o que em outras épocas evidenciava o direito e servia como objeto de estudo da ciência jurídica, na presença quadra histórica não se apresenta como tal, eis que dependendo do grupo social analisado, encontrar-se-á horizontes de projeção diferentes, os quais têm assinalado limites distintos ao seu domínio e que foram sustentados por ideologias cunhadas por outras estruturas sociais e formas diversas de controle social.

Tratando-se de descrever um sistema jurídico estrangeiro, vigente em qualquer época, pode desenvolver-se normalmente de duas formas: a primeira, escolhendo-

se, pela ordem, as estruturas processuais, considerando-se o grau de sofisticação das sociedades ou civilizações, sem levar em conta a época em que se apresentaram, partindo-se das mais rudimentares para as mais evoluídas, assim entendidas estas como aquelas que lograram o domínio mais completo sobre a natureza, pela utilização de tecnologias mais avançadas, e pela significativa diversificação das funções atribuídas aos seus membros; ou, a segunda, escolhida neste trabalho, que se propõe a estudar tais estruturas levando em conta o surgimento histórico dos denominados sistemas, critério este preferido pela maioria dos autores, haja vista que facilita a compreensão das instituições, decorrente da ordenação cronológica, conforme salienta Geraldo Prado 119.

Percebe-se que as sistematizações que buscam simplificar as diversas etapas da legislação penal no mundo, não diferem da processual, vinculando-se a teorias da história que, apesar de sua multiplicidade, podem ser divididas em “cíclicas” e “progressivas”, sendo as primeiras mais próximas da antiguidade e as últimas do século das luzes (XVIII), quando os efeitos das teorias renascentistas já faziam difundir novos horizontes para a humanidade.¹²⁰

A partir dessa ótica e na busca da origem do inquérito policial, torna-se imperioso, primeiramente, identificar o surgimento histórico do processo em geral e, no particular, do processo penal e dos sistemas adotados historicamente, de forma pura ou não, para a aplicação da pena ao membro do corpo social que infringia as normas de convivência vigentes dentre um determinado grupo humano, para a partir de então contextualizar a evolução desses sistemas, em uma perspectiva histórica.

Nessa perspectiva tomada a partir da evolução histórica, é possível afirmar que os primeiros grupos humanos que habitaram o planeta, nas mais diversas regiões, normalmente reunidos em tribos, não deixaram evidências de que tenham aplicado ou mesmo conhecido um método sistemático de solução de conflitos de natureza penal, afigurando-se mais provável a aplicação de métodos compatíveis com o sistema rudimentar de vida que levavam, confundindo o direito, a moral e religião,

¹¹⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 73-74.

¹²⁰ ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 2. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 180.

como frutos de uma mesma árvore, de criação divina e tendo como forma de punição a vingança, manifestada de forma desconexa, oriunda de costumes, da moral, de hábitos, crenças e magias.

É preciso não esquecer que a primeira concepção da justiça penal, afastada da pura vingança privada, deve-se à religião, tendo como suporte a expiação do criminoso culpado por haver atentado contra a divindade. O crime, afrontando ente divino, suscitava a cólera dos deuses, que só seria escoimada com o castigo correspondente, o qual se apresentava como uma obrigação humana, sob pena de a omissão ampliar a insatisfação dos deuses.

Tal concepção de justiça penal coincide, já, com um estágio de evolução da organização social, superando o pensamento da repressão à criminalidade como fruto da pura vingança privada, sem limites, e alcançando a idéia da sanção penal como um direito não da pessoa que sofreu com o crime, mas sim de um deus, tendo o Direito Penal índole teocrática e sacerdotal, havendo uma mesclagem do crime (pecado) e a ofensa com pressupostos religiosos.

Essa época, da justiça divina, teve inspiração, inicialmente, com a visão mitológica do mundo, a qual não pode ser considerada uma concepção filosófica, pois por filosofia entende-se uma forma completamente diferente de pensar, surgida na Grécia aproximadamente 600 a. C, em que os primeiros filósofos da natureza contestaram as explicações religiosas passadas de geração para geração por meio dos contos míticos, servindo a filosofia, exatamente, para romper com esse paradigma mitológico e buscar explicações racionais para os fenômenos.

Em que pese a colaboração dos filósofos pré-socráticos, coube aos grandes filósofos gregos da Antiguidade, Sócrates, Platão e Aristóteles, em seus estudos, debateram a autoridade do Estado em punir, a razão e a finalidade da penal e o próprio Sócrates, em diversos diálogos narrados por Platão, seu discípulo e narrador, sustenta a obediência irrestrita às leis, admitindo até mesmo a pena de morte. Aliás, Sócrates aceitou, resignadamente, para dar bom exemplo quanto ao cumprimento das leis, a sua sentença de morte, muito embora lhe tenha sido oferecida a oportunidade de fugir. Platão, no Livro IX, do diálogo As Leis, embora

exponha que a pena deve ter a finalidade de tornar o agente que pratica o ilícito melhor, assevera que “se demonstrar que o delinqüente é incurável, a morte será para ele o menor dos males”.¹²¹

Deve ser considerado que a concepção aristotélica da formação orgânica do Estado, embasada na premissa de que o todo está acima das partes, que vigorou como dogma incontestável na Antiguidade e na Idade Média, serviu de suporte à sustentação dos argumentos em prol da aplicação de penas severas aos errantes, até mesmo a pena de morte, nas suas mais diversas modalidades. A lógica era de que o homem é um animal político, não podendo viver fora do corpo social, e que o homem individual se constituía apenas em uma parte da vida do corpo social, daí por que a vida de um deve ser sacrificada em benefício da vida do todo, a fim de expungir o risco de contaminação que o ser infectado apresenta.

A grande contribuição da filosofia grega, em particular do triunvirato de filósofos composto por Sócrates, Platão e Aristóteles, neste estudo, decorre da importância que suas idéias tiveram no contexto da formação dos Estados ocidentais, onde se radica a cultura que influenciou a formação do estado português e, por consequência, do brasileiro, trazendo, inclusive, a concepção de poder do Estado em relação ao indivíduo, de onde deriva o “direito de punir” o infrator da norma penal, pelo Estado e em benefício da coletividade e, não mais, para uma vingança individual ou divina.

Assim, percebe-se que idéia de um sistema, especialmente criado para propiciar a análise dos conflitos de natureza penal, somente é constatada a partir da evolução histórica da humanidade, com o surgimento de aglomerados humanos politicamente organizados, que passaram a ter um governo que assumiu, embora precariamente, a responsabilidade pela aplicação da pena ao criminoso e foi, paulatinamente, proibindo a vingança privada, passando a incorporar dentre os seus poderes, a função de justiça e restabelecimento da paz social abalada, através de órgãos a quem, em conformidade com o modelo político vigente, o Estado reservou essa função.

¹²¹ PLATÃO, apud BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 161.

A doutrina identifica que durante o seu desenvolvimento histórico, o processo penal se manifestou através de três sistemas, o acusatório, o inquisitivo e o misto, cada um deles marcado por características próprias, mas evidenciando-se uma contraposição entre as características do primeiro e do segundo, ao passo em que no que concerne ao terceiro, possui características comuns ambos, pois surge da fusão dos dois outros sistemas, sendo que a preferência pela adoção de um dos mencionados sistemas, variará em conformidade com as estruturas políticas e sociais que regem o respectivo Estado.

Esse Estado, uma vez evoluindo e percebendo a inviabilidade de deixar que os seus súditos continuassem a resolver as suas controvérsias diretamente, principalmente no âmbito criminal, houve por bem proibir a autotutela dos bens e interesses em conflito, quer no âmbito civil, quer no penal, passando a editar normas que descrevem a conduta a ser observada e estipulando punições para as pessoas que não observem as normas impostas oficialmente, reservando a si, o Estado, o direito de infligir essas punições, que incidirão sobre do indivíduo, com ênfase para o cerceamento de sua liberdade.

Cria, também, cada Estado, em conformidade com as suas ideologias políticas e sociais, formas e instrumentos que viabilizem a apuração dos delitos e a aplicação da punição ao culpado, passando a constituírem leis e outros regramentos que fixam o procedimento para a solução do conflito entre o direito de o estado infligir punições aos infratores da lei e o direito de liberdade destes, quando então passam a sobressair três atividades essenciais nesse processo idealizado para solucionar o referido conflito, quais sejam: a atividade de acusar; a de defesa e a de julgamento da causa.

A identificação do sistema ou modelo adotado por um determinado Estado, em um dado momento histórico, levará em conta, primordialmente, se há uma conjugação dessas atividades em um só órgão ou pessoa e, em havendo, presente estará o sistema inquisitivo, ao passo em que, havendo separação dessas três atividades, a serem desempenhadas por órgãos ou pessoas distintas, estar-se-á diante do sistema acusatório; presente estará o sistema misto, quando o órgão ou pessoa

encarregado de julgar, detiver, parcialmente, funções inerentes às outras duas atividades.¹²²

2.1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA GRÉCIA E EM ROMA

Em Roma, a exemplo de outros Estados da antiguidade, não se conhecia a separação entre o direito penal e o processual, figurando este como uma simples complementação daquele, verificando-se que na época da república é possível constatar a evolução na aplicação da pena, saindo-se da fase de vingança privada, através de leis que observavam o Talião e a Composição, abandonando-se, também, da vingança divina na época da Realeza, com a separação do direito, da religião.

Sob a óptica mais particular do que se designa Direito Processual Penal, consigne-se que os romanos, a exemplo dos gregos, separavam os “*delicta publica* dos *delicta privata*”, do que resultava distinção quanto aos órgãos julgadores. Para os “*delicta publica*”, o processo penal era público; já com relação aos “*delicta privata*”, o que hoje se designa aparelho estatal ou, simplesmente, Estado, funcionava como árbitro para solucionar os litígios, levando naturalmente em consideração as provas apresentadas.

Assim, percebe-se que sistema acusatório floresceu na Grécia antiga e, durante o período republicano, vigorou também em Roma, estando presente atualmente em nossa moderna legislação. Caracteriza-se especialmente pela garantia do contraditório, publicidade e divisão das funções processuais de acusação, defesa e julgamento. Nele o Juiz não acusa, apenas decide motivadamente após auscultar os argumentos das partes, que estão em pé de igualdade na demanda. Hoje, no sistema acusatório o “*jus accusationis*” é exercido quase exclusivamente pelo Ministério Público, enquanto a defesa cabe a advogados particulares constituídos ou

¹²² PENTEADO, Jaques Camargo. Acusação, defesa e julgamento. Campinas: Millennium, 2001, p. 8.

defensores públicos, situação muito diversa daquela experimentada pelo sistema acusatório da antiguidade.¹²³

A estrutura essencialmente acusatória presente no processo penal da Grécia e de Roma na antiguidade, foi marcada pelo caráter privado da acusação e de uma estrutura judiciária arbitral, que ainda não espelhava o relevante interesse público daquela função, levando a que a intervenção estatal fosse tímida e restrita, até porque naquele momento histórico em que a autoridade do Estado ainda não se consolidara totalmente, o gravame decorrente do delito era visto como uma ofensa à vítima e ao grupo familiar e só com a contínua evolução se consolidou a idéia de que o gravame, em certas situações, atinge um bem ou interesse de toda a sociedade, sendo do interesse desta e, por conseguinte, do Estado, apurá-la e puni-la.

A lei penal romana conheceu, no auge de seu desenvolvimento, três espécies de pena: corporais, infamantes e pecuniárias. No tempo do Império, a pena de multa, era a mais freqüente quanto aos crimes comuns, com a divisão dos delitos em crimina pública, cuja apuração e julgamento ficava a cargo do Estado, representado pelo magistrado com poder de Império com a função de garantir a segurança pública, e “*delicta privata*”, que consistiam em infrações menos graves, onde a função de reprimir caberia ao particular ofendido, havendo a interferência estatal apenas para regular seu exercício, já que eram considerados como ofensivos ao direito privado e tinham como pena, em regra, era de natureza pecuniária.

Se assim foi nos primeiros tempos do Direito Romano, com o passar dos tempos o processo penal privado acabou por ser abandonado por completo. Paralelamente, quanto ao processo público houve grande evolução. Assim, da ausência quase que completa de qualquer limitação, no concernente ao poder de julgar, como no tempo da realeza, chegaram os romanos à “Lex Valeria de Provocatione”, quando adveio a “*provocatio ad populum*”, com garantia de direitos ao acusado, inclusive com possibilidade de recurso da condenação, para o povo reunido em comícios.

¹²³ LUIGI, Ferrajoli. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 453.

O direito romano antigo, em todas as suas fases, não logrou conhecer um processo onde se identificasse um órgão estatal não vinculado ao órgão julgador, encarregado de apurar a autoria e comprovar a existência do delito, exercendo as funções hodiernamente desempenhadas pela polícia e pelo Ministério Público, muito embora, no sistema processual acusatório puro, que lá floresceu e vigorou por séculos, o julgador apenas se envolvesse com a investigação preliminar quando autorizava a vítima ou o seu representante a investigar a autoria e a materialidade, apontando o pretense autor e as provas, para o julgamento.¹²⁴

Nos sistemas grego e romano, não se percebe, na antiguidade e mesmo no período clássico, a existência de uma estrutura burocrática que contemple, dentre os seus órgãos, uma instituição pública autônoma em relação ao órgão julgador, à qual fossem confiadas as atribuições relativas à apuração da autoria e dos elementos probatórios acerca da existência do delito, bem como da documentação e entrega desse material ao órgão encarregado do julgamento, ou seja, com as funções que muito posteriormente foram reconhecidas dentre as atribuições da Polícia Judiciária ou mesmo do Ministério Público.

As funções investigatórias foram, durante longo período, deferidas à vítima ou a membros do seu grupo familiar, inicialmente sem um aval estatal, mas com a evolução e o fortalecimento do Estado antigo, este incorporou a função jurisdicional e passou a controlar a autorização para que aqueles pudessem realizar as investigações e coletar as provas, até que, sentindo a ineficiência daquele sistema, já no período imperial, Roma veio a incorporar nas funções judiciais a própria investigação.

Pode ser observado que não foi por acaso que as primeiras formas de processo inquisitório se desenvolveram na Roma imperial com os procedimentos de ofício para as “delicta pública”, a começar pelo crime *laesae majestatis* de subversão e conspiração, em que se presume ofendido um direto interesse do príncipe e a parte ofendida se identifica com o Estado. A chamada “*cognitio extra ordinem*” deu início ao procedimento inquisitório, desenvolvido e decidido “*ex officio*”, secretamente e em

¹²⁴ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 10.

documentos escritos por magistrados estatais delegados do príncipe estando caracterizado pela detenção do acusado e sua utilização como fonte de prova, acompanhada bem de perto pela tortura.¹²⁵

2.1.1 Do Sistema Inquisitório Romano ao Medieval

Embora se reconheça ter surgido o processo inquisitório na Roma Imperial, esse sistema processual ganhou vitalidade a partir do Concílio de Latrão (1215), varando toda a Idade Média. Não se admitia o contraditório, no intuito de evitar que a diferença de forças entre as partes excluísse a Justiça. Conseqüentemente, as funções de acusador, defensor e julgador foram concentradas nas mãos do Magistrado, plenipotenciário representante da arbitrariedade estatal, manifestada em processos sigilosos e sem garantias ao acusado. Admitia-se a prova obtida com tortura infligida contra as testemunhas e contra o acusado, além dos “ordálias”.

Com a queda do Império Romano do Ocidente (no ano 476 da era Cristã), houve na Europa o fenômeno da barbarização do Direito, e, por influência do processo germânico, conheceu-se o processo romano-barbárico, que predominou por muitos anos, ou seja, desde a alta idade média, período de ascensão dos longobardos e francos até a baixa idade média, período de enfraquecimento do feudalismo, onde se disseminou a utilização de um processo de modelo acusatório, e mesclado pelos ritos dos ordálios ou juízos de Deus e duelos judiciais.

A Igreja e os Estados estiveram unidos por longo período, na Idade Média, e a punição de natureza criminal, quando se tratasse de heresia e de situações similares, era aplicada pela Igreja, detentora da Jurisdição Espiritual, enquanto que ao Estado estava reserva a jurisdição temporal, mas, durante o período da Baixa Idade Média, marcado pelo Concílio de Latrão, realizado em 1215, sob o comando do Papa Inocêncio III, a aplicação dos ordálios foi proibida e houve a introdução do

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 453.

sistema inquisitorial, como forma de apuração, processo e punição da pessoa que praticasse delitos de natureza religiosa, surgindo o Inquisidor, que era uma espécie de juiz que recebia delegação do Papa, para proceder a apuração e punição dos suspeitos de praticarem heresias.¹²⁶

Embora caracterizado pelo segredo, pelo livre uso da tortura e pela concentração de poderes nas mãos do julgador, o processo inquisitório se alastrou por toda a Europa, inclusive nos Tribunais que exerciam a jurisdição secular, por representar, naquela quadra histórica, uma forma de avanço em relação aos métodos oriundos do direito bárbaro – pois nestes eram aplicados os ordálios ou juízos de Deus - e também uma forma mais eficiente de exercício do direito de punir do que o experimentado na época do sistema acusatório puro, onde o Estado exercia uma atuação mínima e o particular terminava por não conseguir, sozinho, produzir as provas necessárias, seja em favor da acusação, quer em favor da defesa.

Esse sistema, bem ao gosto do pensamento medieval, alastrou-se nos tribunais seculares do continente europeu, com inegável influência da Igreja, tendo sido incorporado também nos tribunais de Portugal – país católico - muito embora, inicialmente, não tenha aceitado a implantação, em seus territórios, dos chamados tribunais de inquisição, comandados por autoridades eclesiásticas e que tinham por objetivo punir os chamados hereges, com uma especial preferência pela perseguição aos judeus, merecendo observar que a resistência portuguesa estava relacionada com a influência que o povo judeu que morava naquele país exercia da economia.

Percebe-se que no período medieval não se fez conhecer, ainda, a existência de uma investigação criminal realizada por um órgão diferente daquele encarregado do julgamento da causa. Ao contrário, nesse período se sedimentou a incorporação dos poderes investigatórios e de provocação da jurisdição, sob o comando daquele encarregado do julgamento, figurando o investigado como um mero objeto, sem direitos reconhecidos, o que começou a sofrer abalos com o advento, na Inglaterra,

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.453.

da Magna Carta que os barões e o Clero impuseram ao rei João Sem-Terra¹²⁷, com cláusulas que podem ser consideradas como precursoras da suprema garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do poder público.

Em que pese a evolução experimentada na baixa Idade Média, inclusive com o advento da Magna Carta (1215), não se vislumbra, no sistema processual medieval, a separação entre as atividades de investigação preliminar e aquelas destinadas à produção de provas de natureza especificamente processual, continuando a promíscua intervenção do órgão julgador na fase das investigações, na maioria das nações integrantes da chamada família do direito germano-romana, que inclui Portugal, responsável pela criação das leis que regularam, durante a maior parte de sua história, o Brasil.

2.2 O SISTEMA INQUISITÓRIO E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EM PORTUGAL E NO BRASIL COLÔNIA

Mesmo resistindo durante séculos à aceitar que a Igreja aplicasse a inquisição em seus domínios, Portugal e, em particular, o direito aplicado naquele país, desde suas origens, recebeu grande influência do direito romano-canônico e, mais especificamente, quanto ao direito instrumental, das leis processuais de diversos países europeus, caracterizando-se como um misto do processo romano, das opiniões dos glosadores, pós-glosadores e das regras do direito canônico, o que pode ser facilmente identificado nas Ordenações do Reino português (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas).

Constata-se, com facilidade, que por suas características autoritárias e compatíveis com a concentração de poder no Estado, em detrimento da preservação dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana, a concepção inquisitorial do processo penal se identificou perfeitamente com a forma de estado que então vigia na Europa

MAGNA **charta** **libertarum.**
<<http://www.cursoanglo.com.br/materias/história/mediatm.>>.

Disponível em

continental, o absolutismo, o que explica, em parte, o grande sucesso do referido sistema, que terminou sendo importado para o Brasil, via Portugal, em razão deste na linha adotada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos¹²⁸, o constituinte brasileiro fez inserir na Constituição Federal Brasileira de 1988, logo em seu artigo 1º, a consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito¹²⁹, passando a constituir, assim, a fonte ética dos direitos fundamentais reconhecidos na mesma Carta Política, os quais, em verdade, são emanações do valor básico da dignidade.

Ter conquistado e colonizado o território que hoje é pertence ao Brasil, situação esta que perdurou por mais de três séculos (1500-1521) e propiciou a aplicação de várias leis comuns aos colonizadores e colonizados, com predominância das Ordenações Filipinas (1603-1832, na esfera processual penal).¹³⁰

Atente-se para o fato de que embora a investigação do fato delituoso estivesse ao encargo de um magistrado, assim como o julgamento, naquele período a magistratura ainda não constituía uma função estatal independente, razão pela qual o juiz não passava, em verdade, de um funcionário estatal, nomeado pelo soberano, o qual detinha, no modelo absolutista, todo o poder, conforme a doutrina filosófica então dominante.¹³¹

No Brasil-colônia do sistema de Capitanias Hereditárias, despontou uma primeira forma de Magistratura, na qual, mantinham-se os privilégios feudais, pois que os Capitães Donatários tinham o poder de julgar nas suas Capitanias e, mais ainda, era vedada aos representantes da autoridade real entrar naqueles territórios sem o consentimento dos respectivos senhores, o que nos reporta aos feudos europeus.

Nesse período, observa-se a existência da jurisdição eclesiástica, que se destinava a julgar os delitos espirituais e, por outro lado, a jurisdição secular, que se

¹²⁸ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, Art. 1º.

¹²⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

¹³⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Nota de Apresentação**: Ordenações Filipinas. Livro I. LISBOA: Fundação Calouste Gulbenkian, "fac-símile" da edição de 1870.

¹³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 138.

encontrava partilhada entre o rei e os capitães-donatários, que a exercia diretamente, pelos ouvidores e pelos juízes municipais, enquanto que o poder do rei era mantido, já que resguardava para si, através dos seus tribunais a atividade recursal sobre as decisões pretéritas.

Em face da Ineficácia do sistema de Capitánias, instituiu-se o Governo Geral, este destacadamente balizado pela Coroa Portuguesa que, desta forma assume então uma função judiciária superior àquela desenvolvida pelos capitães-donatários, atuando o estado através do ouvidor-geral e seus auxiliares, sendo que aquele ocupava o ápice funcional da atividade judiciária naquele período, equiparando-se assim a uma espécie de corregedor na metrópole portuguesa.

Vale lembrar, que naquele momento, fazia-se presente uma dupla estrutura Judicial secular, uma representando a coroa através do Governo Geral e seus ouvidores e outra remanescente dos poderes conferidos aos capitães-donatários, estes a partir de então, em um nível inferior àquela, julgando apenas aquelas situações menos gravosas e locais, sendo que, durante todo o período de vigência das três Ordenações, manteve-se um sistema processual penal de características inquisitórias, onde, na maioria dos casos, o julgador reunia o poder investigatório, o acusatório e o de julgamento, conduzindo as investigações preliminares através das devassas, em uma atividade que reunia as características hauridas do sistema adotado nos séculos finais do Império Romano e da influência inseridas pelas regras da inquisição da Igreja Católica.

Relevante a este estudo é o livro V das Ordenações Filipinas, que trazia normas penais e processuais penais - cuja topografia encontra origem remota nas Decretais de Gregório IX, que também ostentavam normas penais em seu livro V - apresentava delitos de patente natureza religiosa, como a heresia (interpretação da Bíblia diversa da oficial, ou exposição de idéias contrárias à doutrina da Igreja), a blasfêmia (negação de Deus e da Igreja), a feitiçaria, a prática sexual de cristã (o) com infiel, a conjunção carnal de homem com freira etc.

Assim, no que guarda pertinência com a investigação de delitos ocorridos no âmbito da então colônia de Portugal, encontrava-se regulamentada no respectivo livro V de

cada uma das Ordenações, merecendo observar que as Afonsinas e Manuelinas foram de pouca aplicação temporal e material no território brasileiro, uma vez que durante a sua vigência as atividades jurisdicionais estavam praticamente nas mãos dos capitães-donatários, pois a Coroa portuguesa não havia instituído, ainda, uma magistratura oficial capaz de atender às necessidades da colônia brasileira, que apesar de pouco habitada, se espalhava por milhares de quilômetros, em áreas de difícil acesso.

Ao contrário das Ordenações Manuelinas e Afonsinas, as Ordenações Filipinas tiveram uma admirável longevidade, tendo sido editadas em 1603 e permanecendo em vigor, em relação à matéria processual penal, até o advento do Código de Processo Criminal do império, o que só ocorreu em 1832, regendo em seu Livro V, assim como as suas antecessoras, as matérias de natureza penal e processual penal e mantendo o instituto das devassas, como o instrumento para a apuração dos delitos, a encargo do próprio juiz, em um típico exemplo de processo inquisitório, onde a figura do suspeito não merecia grande proteção, até porque, em tal período vigia o modelo estatal absolutista, que era avessa a tais concessões, que vieram a ser realmente conquistadas e generalizadas a partir dos movimentos que culminaram com o Estado de Direito.¹³²

Partindo-se uma perspectiva histórica das referidas práticas judiciárias, pode-se dizer que, na Idade Média, o pensamento jurídico foi elaborado em torno do poder régio. O edifício jurídico de nossa sociedade foi elaborado tendo em vista o poder do soberano, que naquele período em regra era o rei. Fossem os juristas servidores do rei ou seus adversários, é sempre do poder régio que trata o saber jurídico, e, conseqüentemente, a jurisdição servia para legitimar o poder, mostrando ora que o poder real era exercido de acordo com os seus ditames, ora que devia haver uma limitação do seu exercício, isso de acordo com a concepção pró ou contra o absolutismo. Isso implica em dizer que toda a teoria do direito se organizava em torno da soberania, eliminando qualquer abordagem a respeito da dominação e de suas conseqüências.¹³³

¹³² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 42.

¹³³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 95.

Era então, a investigação criminal, no período colonial brasileiro, levada a efeito por um funcionário inserido burocraticamente nas rudimentares funções destinadas à Administração da Justiça, que atuava tanto na fase propriamente investigatória, conduzindo-a, quanto no julgamento da causa, em um típico sistema detentor de características identificadoras do modelo inquisitório.

Entretanto, já no final do período colonial, Portugal enfrentava diversas rebeliões em território brasileiro, o que levou ao incremento da força policial, destinada a manter a ordem na colônia, que nos séculos XVII e XVIII se desenvolvera consideravelmente, através da economia canavieira e da descoberta de ouro, culminando com a existência de uma Administração da Justiça ineficaz e insuficiente para atender às necessidades da Metrópole e, contemporaneamente, com uma força policial apta, pelo menos numericamente, para assumir o encargo de manter a ordem, culminando por assumir também as funções investigatórias então desenvolvidas pelos juízes, situação similar à adotada no próprio território português.¹³⁴

2.2.1 A Investigação Criminal no Sistema Processual Penal do Império Brasileiro

O Advento da Independência da então colônia portuguesa, propiciando a instituição do Império Brasileiro, fez-se seguir da outorga da primeira Constituição Brasileira, em 1824, a qual mantinha muitos pontos do projeto anteriormente elaborado pelos deputados da Assembléia, porém, mesmo prevendo a existência da separação de poderes, entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário¹³⁵, não foi fiel a ideologia da independência entre eles, terminando por ampliar os poderes pessoais do Imperador através da instituição do Poder Moderador, o qual concedia ao imperador os direitos de dissolução da Câmara e dos Conselhos Provinciais, nomeação de senadores vitalícios e ministros, nomeação e suspensão de juízes e nomeação de presidentes

¹³⁴ CUNHA, José Manuel Damiano da. **O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal**. Porto: Veritati, 1993, p. 28-29.

¹³⁵ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Federativa Brasileira**. Art. 151. 1824

das províncias, afrontando os postulados da teoria de separação das funções do Estado, desenvolvida por Montesquieu.¹³⁶

Não se afigura possível visualizar, no Poder Judicial implantado pela Constituição de 1824, uma verdadeira independência e tampouco uma estrutura que lhe permitisse julgar sem a interferência do poder político e possuir uma administração funcional, até porque nem sequer os órgãos que o compunham eram estruturalmente conexos, eis que havia previsão da existência de Tribunais de Relação nas províncias, Juizes de Direito nas Comarcas, dos Juizes de Paz nos Distritos, Tribunal do Júri e, ainda, de um Superior Tribunal de Justiça com sede na capital do Império, mas sem um claro critério de competências e vinculação entre as decisões de cada esfera.

Com aquela frágil e mal elaborada estrutura, ao Poder Judicial não foi reconhecido, efetivamente, a feição de Poder do Estado, mas de órgão dependente da atuação dos demais Poderes e isso representa bem o nascimento de um Estado onde a independência em relação à metrópole não foi acompanhada de uma verdadeira conquista popular, mas sim, de interesses trabalhados e compostos no âmbito da própria casta governante, o que possibilitou o surgimento de constituição conservadora, vacilante em se posicionar diante dos postulados dos princípios advindos do Iluminismo, então em voga, e os valores absolutistas praticados há séculos, o que facilitou o predomínio do Poder Executivo – que incluía o moderador – sobre os demais.¹³⁷

O fato de haver outorgado uma Constituição que não acompanhava os postulados democráticos que, advindos do iluminismo, foram incorporados nas constituições liberais de outros países, associado à implantação de uma política que desagradou à classe dominante de então, levou à queda de D. Pedro I, que abdicou ao trono em 07 de abril de 1831, sendo que como não havia um legítimo sucessor em condições de assumir o trono, já que o futuro D. Pedro II era ainda uma criança de 05 anos de idade, foi instituída uma regência trina provisória, para o governo da nação,

¹³⁶ WEFFORT, Francisco C. Organizador. **Os Clássicos da Política**. São Paulo: editora Ática, 2003, p. 174.

¹³⁷ A Constituição de 1824 possuía um viés de concentração de poder antidemocrático, até porque tratava-se de uma Constituição outorgada que institucionalizou uma monarquia parlamentar, impregnada por um individualismo econômico e um acentuado centralismo político. (Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 85).

composta pelos senadores Nicolau de Campos Vergueiro, José Joaquim de Campos e pelo brigadeiro Francisco de Lima e Silva, mas mesmo sob a regência trina, ocorreram diversas manifestações e confrontos populares, envolvendo inclusive as tropas governamentais sediadas na Corte.

Nesse período o ministro da Justiça era o padre Diogo Antônio Feijó, um líder moderado, empossado nesse cargo no dia 6 de julho de 1831 e que somente assumiu o cargo após a assinatura de um documento que lhe dava total autonomia para reprimir as agitações, além de outros poderes, que culminaram por torná-lo o homem forte da regência, que não hesitou em enfrentar a crise. Feijó agiu com determinação, requisitando forças de Minas Gerais e São Paulo para enfrentar os revoltosos. Mas não foi necessário. Bastou as autoridades se negarem a atender as exigências para que as tropas rebeladas se recolhessem e o movimento fracassasse.

Contudo, a postura adotada pelas tropas que guarneciam o país, havia deixado bastante claro que o governo regencial não poderia confiar nas tropas regulares, o que levou à criação da Guarda Nacional, pela lei de 18 de agosto de 1831, subordinada ao Ministério da Justiça (ou seja, a Feijó), ao mesmo tempo em que se extinguíam as ordenanças e milícias subordinadas ao Ministério da Guerra. A Guarda Nacional era uma força paramilitar, composta por cidadãos com renda anual superior a 200 mil-réis, nas grandes cidades, e 100 mil-réis nas demais regiões. Organizada por distrito, seus comandantes e oficiais locais eram escolhidos por eleição direta e secreta, tendo possibilitado que o governo dos moderados se equipasse com uma força repressiva fiel e eficiente.

Após vários confrontos políticos, estando no poder os moderados as reformas defendidas por eles foram implementadas sem grandes resistências, propiciando, através de um acordo com os restauradores, a aprovação da lei de 12 de outubro de 1832, que deu aos deputados a serem eleitos em 1833, para a legislatura de 1834--1837, poderes constituintes para reformar a Carta de 1824 e, no que toca ao interesse direto desta pesquisa, a aprovação, em 29 de novembro de 1832, do Código de Processo Criminal, que deu ampla autonomia judiciária aos municípios.

Através desse novo código, o poder municipal concentrou-se nas mãos dos juízes de paz, eleitos pela população local, que, além dos poderes judiciários, tinham ainda o poder de polícia, ou seja, esses juízes de paz, que sequer precisavam ter formação jurídica, possuíam poderes investigatórios e de julgamento sobre diversos delitos e, muito embora já houvesse sido criada uma Guarda Nacional, a essa não foi reconhecido o poder investigatório, mantendo-se uma estrutura inquisitória e de concentração de investigação e julgamento nas mãos do magistrado, que foi afastado apenas da atividade acusatória, que então já era exercida por um promotor público.¹³⁸

Publicado a 29 de novembro de 1832, o Código estabelecia a autonomia judiciária dos municípios, aos quais cabia nomear os elementos da polícia (processo controlado pelos senhores de terra). O poder do juiz de paz foi reforçado, passando este a acumular funções judiciais e policiais. Na verdade, o Código manteve os mecanismos de dominação dos proprietários rurais, que detinham a justiça de fato, a do mais forte, única que valia nas comunidades do interior.¹³⁹

Com a assunção do novo Imperador, deu-se início a novas reformas, visando acomodar os interesses do grupo que com ele assumiu o poder, dentre elas surgindo a reforma implementada por meio da Lei 261, de 1841, regulamentada pelo Decreto n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, modificando o Código de Processo Criminal. Essa Lei criou no município da Corte e em cada Província um Chefe de Polícia e respectivos Delegados e Subdelegados, nomeados pelo Imperador ou pelos Presidentes de Província.¹⁴⁰

Com a reforma, foram substituídos os Juízes de Paz eleitos nos municípios, por delegados de polícia nomeados pelo poder central, atribuindo-se a estes funções investigatórias, lavadas a efeito na fase extrajudicial, e também funções judiciárias, criando-se um monstro processual, onde, ao contrário dos períodos anteriores, não era o juiz quem tinha o indevido poder de investigar os crimes e julgá-los, mas o

¹³⁸ LIMA, Robert Kant de. **Tradição Inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da Devassa ao Inquérito Policial**. Revista Religião e Sociedade, 1992, p. 96-113.

¹³⁹ COSTA, Luis César Amad. e MELLO, Leonel Itaussu. **A História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora Scipione, 1992, p. 134.

¹⁴⁰ WOLMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 87-97.

órgão policial era quem tinha a atribuição de apurar os crimes e proceder também à instrução judicial, embora não tivesse o poder de proferir o julgamento¹⁴¹, que era dos juízes, sendo que a respeito dessa reforma, afirma o historiador Luís César Amad Costa que “em 1841 reformou-se o Código de Processo Penal, substituindo os juízes de paz eleitos nos municípios por delegados nomeados pela Regência”.¹⁴²

Em termos de sistematização das investigações policiais, a nova ordem, introduzida com o advento do Código de Processo Criminal de 1832 e as modificações da Lei 261, de 1841, significou um avanço em relação ao sistema das Ordenações, até porque foram incorporadas algumas significativas garantias individuais, mas isso não foi suficiente para trazer alento à sociedade, no que concerne à segurança pública, o que propiciou diversas críticas ao modelo implantado, bem como a apresentação de diversos projetos pretendendo uma nova reforma, despontando-se em 1845, o de Fernando Torres; em 1848 o de Pimenta Bueno; em 1850, e ainda em 1854, o de Nabuco de Araújo; em 1868, o de Martim Francisco; em 1869, o de José de Alencar e, finalmente, em 1871, coube ao ministério Rio Branco tornar realidade a almejada reforma, promulgando a Lei 2.033, de 20 de setembro daquele ano.

A Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto n.º 4824, de 22 de novembro do mesmo ano, reformulou o sistema adotado pela Lei n.º 261, implementando, finalmente, a separação das ações da Justiça e da Polícia e prevendo que as investigações dos delitos passaria a ser atribuição da polícia, através de um então inovador instrumento, o Inquérito Policial.

2.3 A ORGANIZAÇÃO DA POLÍCIA BRASILEIRA

Para uma compreensão mais exata do que vem a ser o investigado dentro do sistema processual brasileiro, necessário se faz abordar o que é o inquérito policial,

¹⁴¹ SOUZA, Otávio Tarquínio de, apud MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 101.

¹⁴² COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu. **A História do Brasil**. São Paulo, Editora Scipione, 1991, p. 136.

já que esse é o principal instrumento legal de investigação de delitos, na fase pré-processual e, em sua previsão legislativa, constante nos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal, está presente o arcabouço que limita a ação estatal no trato com aquela pessoa humana indicada como a possível autora, co-autora ou mesmo partícipe no evento, mas que deve ser sempre aplicado com observância das garantias ínsitas na Constituição Federal de 1988.

Os agentes estatais que mantêm contato direto e imediato com a pessoa investigada, são os policiais, razão pela qual, em caráter inicial, há que se esclarecer onde se acha inserido esse agente público e qual o seu papel nessa atividade, voltada essencialmente para a manutenção da paz social, já que, em uma visão filosófica, a polícia é uma instituição mantida pela Administração Pública, que dela se vale como instrumento para manter a ordem pública, a segurança do cidadão, o respeito aos direitos humanos, ao seu patrimônio e a sua incolumidade.

2.4 ORIGEM LEGISLATIVA DO INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

Conforme já salientado, o inquérito policial não existia nas Ordenações que vigoraram no Brasil Colônia, nas quais não havia qualquer distinção entre polícia judiciária e preventiva e mantinham a atividade investigatória sob a responsabilidade do julgador. Também o Código de Processo Criminal do Império, que veio a lume em 1832, não tratou do inquérito, o qual somente veio a surgir formalmente com o advento do Regulamento nº 2.824, de 22 de novembro de 1871, que complementou a Lei nº 2.033, de 1871, sendo que esta a ele se referia como instrumento das diligências necessárias à elucidação do fato e de sua autoria e cumplicidade, ao passo em que o Decreto n.º 4.824, complementou: “o inquérito policial compreende todas as diligências necessárias para a verificação da existência do crime, com todas as suas circunstâncias, e para descobrimento de seus autores e cúmplices”.¹⁴³

¹⁴³ GARCIA, Ismar Estulamo. **Inquérito**. Procedimento Policial. AB Editora, 1987, p. 09-35.

Essa visão, introduzida ainda no século XIX, se apresenta até nossos dias como um verdadeiro conceito do que seja o arcaico instrumento apuratório ora abordado, ou seja, um ato extrajudicial, atribuído à polícia judiciária, gerando uma informação preparatória, uma peça de instrução ou de instrumento, para servir de base à denúncia, ou à queixa, peça essa que compreende o conjunto de diligências realizadas pela autoridade para apuração do fato e descoberta da autoria.

2.4.1 Definição e Finalidade do Inquérito Policial

A persecução criminal no sistema processual brasileiro verifica-se em duas fases, a primeira delas sendo preliminar ou inquisitiva e a segunda, judicial (processual) ou contraditória, sendo que é naquela primeira fase que se enquadra a atividade da polícia judiciária, pois o Estado, antes de valer-se do Ministério Público ou do particular para a propositura de uma ação penal, necessita, tão logo seja cometida a infração, colher todas as informações necessárias sobre o fato típico, buscando identificar sua autoria e materialidade, fornecendo ao titular da ação o mínimo probatório para a sua instauração.

A persecução penal no Brasil se apresenta compartimentada, onde se verifica na primeira fase a atuação de agentes estatais destinada à verificação da existência material da infração penal e da culpabilidade de seu autor, para propiciar a instauração de uma outra fase, na qual ocorrerá a conseqüente aplicação das normas de Direito Penal material ao caso concreto, sendo que esta é judicializada e a outra não.

Assim, a primeira fase, que é pré-processual – administrativa na forma e na substância, e judiciária no tocante à sua finalidade -, desenvolve-se através da investigação criminal (*informatio delicti*) sendo efetuada, em regra, por órgãos da Administração Pública, especialmente a Polícia Judiciária, ao passo em que a outra,

de instrução criminal, corresponde à fase processual – dotada de inquisitividade, na essência, mas sendo formalmente acusatória.¹⁴⁴

As informações que são obtidas na primeira fase, a inquisitorial e administrativa, constituem o que se denomina inquérito (do latim *inquirere* = averiguar, inquirir), que tem, assim, por escopo fornecer ao legitimado ativo para a da ação penal (o Ministério Público, se pública a ação, ou o particular, se privada esta) elementos idôneos para que a parte possa oferecer a denúncia ou a queixa, molas propulsoras da ação penal, iniciadora do processo propriamente dito.

Inquérito policial é, pois, um procedimento administrativo, investigatório, elaborado pela polícia judiciária, estadual ou federal, sob a presidência do Delegado de Polícia, e tem como finalidade colher todas as provas de existência da infração penal, das suas circunstâncias e de sua autoria, com vistas a municiar o titular da ação penal (pública ou privada), com os elementos necessários à formação da opinio delicti e constitutivos da justa causa. É o que se depreende do art. 144, § 4.º, da Constituição da República, bem como do art. 4.º do CPP.

Embora sua finalidade seja a investigação a respeito do fato infringente da norma penal e da autoria (incluindo qualquer participação), não se constitui o Inquérito Policial em um pré-requisito para o exercício da ação penal, haja vista poder ele ser substituído por outras peças de informação, desde que aptas a sustentar a acusação.

Complementando, essa visão, Tourinho, em sua outra obra “Processo Penal”, Vol. I, p., 142, afirma que “Inquérito policial é, pois, o conjunto de diligências realizadas pela polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar um juízo”.

Apreciando-se os conceitos doutrinários, conclui-se que a finalidade do inquérito policial é elucidar um fato tido como crime ou contravenção (desde que não seja hipótese de aplicação da Lei 9.099/95), em sua materialidade e autoria, para que o

¹⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 15.

titular da ação penal respectiva (MP nas ações públicas e nas privadas o ofendido ou seu representante - este exceto na personalíssima), tenham os elementos necessários para a propositura da respectiva peça acusatória, através de denúncia ou queixa-crime.

2.4.2 Atuação da Autoridade Policial

A autoridade policial encarregada constitucionalmente de presidir o inquérito policial é o delegado de polícia, que será da polícia federal quando a infração penal a ser apurada seja contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como em situações onde as infrações tenham repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, como sói ocorrer com relação aos chamados crimes organizados (tráfico de entorpecentes, roubo de cargas), sendo que nas demais hipóteses o delegado encarregado do ato será da polícia civil da respectiva unidade federativa, não havendo qualquer hierarquia ou subordinação entre as polícias federal e estaduais.

As atribuições da autoridade policial encontram-se previstas, de forma assistemática, nos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal, sendo que o artigo 6º, em seus nove incisos prevê, as principais providências a serem adotadas por ocasião do conhecimento da prática de infração penal.

Trata-se de previsão ritualística e programática que nem sempre pode ou necessita ser observada, servindo para nortear os trabalhos desenvolvidos pela polícia judiciária e mesmo para uniformizar as condutas a serem adotadas no desenvolvimento do inquérito policial, sendo que algumas das providências recomendadas devem mesmo anteceder a instauração oficial do instrumento investigatório, desde que se trate de infração sujeita a ação penal pública incondicionada.

2.4.3 Indiciamento no Inquérito Policial:

Indiciar, significa mostrar por indício, dar indício de alguma coisa ou “dar indício(s) de; demonstrar por indício(s)”¹⁴⁵, ao passo em que “indício” significa “sinal, elemento indiciativo” ou “sinal, vestígio, indicação”¹⁴⁶. Em uma acepção menos semântica e mais jurídica, significa apontar, indicar, tratando-se, portanto, do ato pelo qual se mostra, se aponta, os sinais de que uma infração penal foi cometida por determinada pessoa.

Não obstante a falta de previsão de um indiciamento formal, durante o desenvolvimento do inquérito policial pode esse vir a ocorrer, desde que haja indícios convergentes para determinada pessoa, no que se refere à autoria do fato investigado, sendo que aquele ato aparece, no nosso sistema, vinculado ou mesmo inserido no ato de identificação criminal, ou, com mais propriedade, no relatório elaborado ao final dos trabalhos investigatórios da polícia judiciária.

Essa preocupante situação seria corrigida com a aprovação da primeira alteração substancial que se verifica na análise do Projeto de Lei nº 4209/01, a qual permite vislumbrar a possibilidade de criação de duas situações jurídicas claramente distintas e todavia não delimitadas pelo CPP atual: a posição do investigado e a do indiciado, onde o investigado seria o suspeito do crime ocorrido, ouvido imediatamente após a ocorrência do delito, em procedimento sumário de apuração, conforme se depreende análise do art. 6º, inciso IV do Projeto, que é complementado pelo disposto no art. 8º do mesmo diploma, que estabelece nítida distinção entre a situação jurídica do investigado e a do indiciado, ao dispor que “Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes”.¹⁴⁷

¹⁴⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **NOVO DICIONÁRIO Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1996, p. 937.

¹⁴⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **NOVO DICIONÁRIO Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1996, p. 937.

¹⁴⁷ Projeto de Lei 4.209/2001.

Quando o indiciamento apresenta-se vinculado ao ato de identificação criminal, inclui a colheita de dados sobre a vida pregressa e a identificação datiloscópica se o indiciado estiver presente. Se ausente, o indiciamento se faz de maneira indireta, ou seja, mediante colheita de dados de fontes diversas a que a autoridade possa recorrer, no sentido de fornecer dados qualificativos e de identificação do indiciado.

Em conformidade com a ressalva constitucional¹⁴⁸, a lei ordinária poderá prever outras hipóteses em que a identificação seja cabível, como já ocorreu com o advento da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, cujo art. 5º prevê a possibilidade de identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas, demonstrando que o legislador dessa lei partiu da premissa de que não houve recepção da hipótese contemplada no arcaico Código de Processo Penal, pois fez constar expressamente a hipótese de exceção, restando a aplicação do já aludido inciso VIII apenas para os casos em que o suspeito não seja identificado civilmente ou se recuse a fornecer o documento respectivo, não podendo sequer ser obrigado a custear fotocópia do mesmo, o que é encargo do Estado.

A garantia constitucional do Art. 5º, inciso LIII tem por finalidade evitar o constrangimento à pessoa que, estando identificada civilmente e em relação à qual não paira qualquer dúvida quanto à identidade, venha a figurar como suspeita da prática de um fato de natureza penal. A menor dúvida, contudo, poderá levar à identificação datiloscópica, ou quando não, pelo menos à colheita da impressão do polegar para futuro confronto, pois, se de um lado é justo não sujeitar o indiciado à repetição da identificação datiloscópica, de outro a persecução criminal ficaria perigosamente comprometida se não mais se identificasse ninguém, podendo possibilitar até mesmo a condenação ou prisão da pessoa errada, como ocorre, v.g., na hipótese, não tão incomum, da utilização pelo criminoso de carteira de identidade de terceiro que tenha sido perdida ou subtraída, possibilitando, então, que o indiciamento, e quiçá, a futura condenação do titular da carteira e não do criminoso, sem que exista possibilidade de aferição da verdade se não for feita a identificação datiloscópica criminal.

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

Para compreender o enfoque jurídico penal da expressão indiciamento, torna-se necessário traçar um rápido paralelo entre as personagens investigadas, quais sejam, o “suspeito” e o “indiciado”, para então se estabelecer os direitos de cada um no contexto do instrumento investigatório. Suspeito é aquele sobre quem recai a possibilidade de ser autor da infração penal, porém, inexistem indícios suficientes a possibilitar um juízo mais seguro, de probabilidade, em relação a essa autoria, como ocorre naquelas situações em que a autoridade policial recebe informações sobre o possível autor do crime, fornecidas por testemunhas, mas ainda não averiguou a veracidade das informações e tampouco reuniu outros dados sobre o fato.

No que concerne ao indiciado, os levantamentos realizados na fase inquisitorial já devem permitir que se elabore um juízo de probabilidade quanto à autoria da infração, não um juízo de certeza e tampouco uma mera possibilidade, mas, repita-se, probabilidade, a qual deve decorrer logicamente dos elementos probatórios colhidos, não podendo ser fruto de adivinhações, mas sim de deduções decorrentes da análise lógica do contexto probatório colhido, conforme já salientava, na ficção investigatória, Sir Conan Doyle¹⁴⁹, através do seu mais famoso personagem.

A diferenciação entre o suspeito e o indiciado reside exatamente na valoração que se faça das provas preliminares coletadas, tratando-se de suspeito quando se alcançar a mera possibilidade de autoria, e indiciado quando houver efetiva possibilidade ou probabilidade acerca da autoria do fato em apuração, entendendo-se esta como motivo ou indício que deixa presumir a verdade em relação a um fato.

Em consonância com o que foi dito até este momento, torna-se possível afirmar ser o indiciamento o ato pelo qual a polícia judiciária, através do delegado que preside o ato, estabelece que contra determinada pessoa existem indícios de que tenha sido ela a autora ou partícipe de determinada infração penal, revestindo-se este ato de importância, por apresentar-se inadmissível o indiciamento quando houver impossibilidade de se cogitar sobre a autoria da infração penal em apuração.

¹⁴⁹ DOYLE, Conan. **O Signo dos Quatro**. Trad. Amílcar de Garcia, Melhoramentos, São Paulo, p. 11-29.

Ressalte-se, que o ato de indiciamento não se encontra expressamente previsto no Código de Processo Penal brasileiro, mas, não obstante, o uso do termo “indiciado” encontra-se presente em vários dispositivos daquele Código, às vezes com um claro sentido de suspeito - como ocorre nas hipóteses previstas nos artigos 6º, inciso v, 10 e 15 do mencionado Código.

Embora não haja previsão normativa expressa sobre o indiciamento, não se trata de ato arbitrário e fora do controle da legalidade, até porque se trata de ato de autoridade e como tal não pode fugir à regra prevista no art. 37 da Constituição Federal de 1988, obedecendo ao princípio da legalidade e também ao da motivação dos atos do Poder Público.¹⁵⁰

Essa pecha desagradável que o indiciamento lança sobre a pessoa investigada é notória nos meios jurídicos e, mesmo, nos meios de comunicação, pois nestes, embora significativa parte dos comunicadores e repórteres não conheça o significado técnico do termo, são capazes de perceber que sobre o investigado há uma suspeita de autoria ou participação em um possível delito criminal, conforme se deflui de matéria publicada na Folha Online, a respeito do apresentar de programa televisivo G.L.¹⁵¹

Percebe-se, assim, que os profissionais de empresas da área de comunicação não desconhecem que o indiciamento pode marcar a imagem e a honra do investigado, não se justificando que o agente público encarregado da investigação ignore que, em razão da importância desse ato administrativo capaz de trazer conseqüências graves contra o investigado, seja observada a fundamentação, como forma de a autoridade indiciante demonstrar os fundamentos de que se valeu para o indiciamento.

Dentre as graves conseqüências decorrentes do ato de indiciamento, a título exemplificativo, vislumbra-se pelo menos uma com efeitos verdadeiramente desastrosos para o indiciado, que vem a ser a hipótese de impossibilidade de

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 59.

¹⁵¹ **Advogado evita indiciamento de Gugu antes de depoimento**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u82728.shtml>> - Acesso em 10 mar 2004.

concessão de liberdade provisória, no caso de uma errônea tipificação como crime hediondo (Lei 8.072/90), em situações onde o tipo penal aventado não se enquadrasse na qualificação dada pela autoridade policial, muitas vezes no auto de prisão em flagrante.

Merece destacar que apresenta-se salutar a exigência que o legislador fez constar do artigo 37 da Lei 6.368/76, impondo à autoridade policial a fundamentação em relação à capitulação legal que der ao fato, cuidado este que felizmente não foi olvidado pelo legislador da Lei 10.409/02, que fez inserir norma semelhante no artigo 30.

Não pode o indivíduo ficar à mercê do desejo particular e imotivado do agente administrativo, desejo este que pode ocasionar prejuízo irreparável para o cidadão acaso indiciado injustificadamente, principalmente no aspecto moral, decorrente do sofrimento pessoal, que é aumentado quando o fato vem ao conhecimento público.

Deve se ter em conta, ainda, que o Código de Processo Penal, apesar de suas características autoritárias, prevê expressamente que a instauração do inquérito policial está condicionada ao cumprimento dos requisitos do seu artigo 5º e embora não conste expressamente do dispositivo o controle através da motivação quanto à tipicidade aparente, sua necessidade é inquestionável, pois não se pode conceber a instauração de inquérito policial sem que haja evidências da ocorrência de alguma infração penal.

Há que ser observado que o ato de indiciamento praticado sem a devida motivação pode ser atacado, por via de hábeas corpus, caracterizando-se assim o controle judicial sobre o referido ato administrativo, com vistas a correção de possível erro ou abuso. Contudo, pelas próprias características do inquérito policial, uma vez ultrapassada a fase de indiciamento e chegando-se à denúncia ou a queixa, o controle jurisdicional dar-se-á diretamente sobre a existência das formalidades previstas nos artigos 41 e 43 do CPP, bem como da presença da justa causa, sendo precioso o magistério de Afrânio Silva Jardim, ao sustentar que a justa causa

apresenta-se como condição da ação, devendo o órgão acusador demonstrá-la contemporaneamente à apresentação da exordial.¹⁵²

2.4.4 O Sigilo e suas Dimensões

Conforme já analisado anteriormente, a principal finalidade do inquérito policial é a busca de informações sobre um fato, a princípio contrário ao direito penal, procurando a autoridade policial, por meio dele, descobrir detalhes acerca daquele ilícito penal, determinando a respectiva autoria e materialidade, bem como fatos que evidenciem a ocorrência de circunstâncias qualificadoras, agravantes, atenuantes, excludentes de criminalidade, excludentes de punibilidade.

Para o êxito de tal empreitada, faz-se importante o sigilo das investigações levadas a efeito para a consecução dos objetivos apontados, soando estranha a prática corriqueira de as autoridades policiais alardearem por meio da imprensa as providências a serem tomadas, antes da efetiva implantação, até porque não se adota, em relação ao inquérito policial o princípio da publicidade.

A previsão do sigilo no inquérito policial consta do artigo 20 do CPP, o qual, na linha da garantia constitucional consistente no princípio da inocência e no direito a preservação da honra e da imagem e pela própria reserva de seu parágrafo único, tornam certo o dever da autoridade policial de preservar o suspeito ou indicado, somente submetendo o seu nome ou sua imagem a público, quando autorizada por ele próprio.

A reflexão sobre o tema da divulgação da imagem e do nome da pessoa suspeita, leva inclusive a uma análise da “Exposição de Motivos do Código de Processo Penal vigente” (Decreto Lei 3.689/41), quando em justificativa à manutenção do já então arcaico instrumento investigatório, afirma-se ser ele “uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral

¹⁵² JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública**: princípio da obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 41.

causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas”.¹⁵³

Para guardar coerência, então, com uma das principais causas de sua razão existencial, conforme salientado na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, não pode o inquérito policial servir, como *sói ocorrer* diuturnamente, de meio fácil de obtenção de matérias policiais sensacionalistas, que exponham preliminarmente a pessoa humana investigada ao escárnio público, antes que se logre obter, senão um juízo de certeza, pelo menos um juízo de grande probabilidade acerca da autoria do fato, bem como de sua efetiva ocorrência material, havendo necessidade de compatibilizar a liberdade de informação jornalística com aqueles valores inerentes à dignidade humana do investigado.

Dentre as ações repugnadas, apresenta-se como ato lesivo ao “status dignitatis” do suspeito ou indiciado, a infeliz prática reinante em várias delegacias e departamentos de polícia, alcançando até mesmo algumas operações realizadas nas ruas, consistentes em permitir o acesso irrestrito de profissionais da mídia a quem esteja sendo investigado, quando se montam verdadeiros palcos, com a atuação de diversos profissionais e até mesmo o uso de veículos equipados com poderosas filmadoras e potentes microfones, tudo com o intuito de descortinar a imagem do suspeito e captar as suas declarações, voluntárias ou forçadas.

O que não pode ser olvidado é a íntima relação existente entre o processo moderno, em face do novo paradigma introduzido pela redemocratização do nosso país, que obriga ao intérprete da norma processual, proceder ao seu trabalho de hermenêutica, sempre com a Constituição Federal de 1988 à vista, não olvidando de que mesmo na condição de suspeito ou investigado, o ser humano não perde esta condição e, por conseguinte, permanecem incólumes os valores inerentes a sua dignidade humana.

Em um Estado onde a redemocratização foi tão cara e lenta e onde se experimenta pela primeira vez em sua história uma Constituição com princípios garantidores de

¹⁵³ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item IV.

um processo comprometido não somente com o interesse da Administração, mas também e principalmente com o inter-relacionamento comunidade-pessoa humana, não se pode aceitar passivamente que se perca a oportunidade impar de trabalhar os institutos processuais penais à luz da visão constitucional.

Nesse contexto há que se socorrer do princípio da proporcionalidade, o qual encontra-se umbilicalmente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, norteados pela doutrina iluminista, principalmente no que se refere à crença da intangibilidade do homem e da necessidade incondicionada de respeito a sua dignidade, já que ele deve ser respeitado integralmente, pela sua própria condição humana, independentemente de qualquer outra condição.

Referido princípio (proporcionalidade) deve sua atual formulação ao direito constitucional alemão, que soube interpretá-lo e valorizá-lo a ponto de influir em vários outros países do velho continente, dentre eles Portugal, em cujo artigo 18 da Constituição de 1976 consta uma série de limitações, explicitando a vinculação de todas as entidades públicas e privadas ao respeito aos direitos fundamentais e o critério da necessidade como parâmetro inafastável na formulação e aplicação de leis que restrinjam direitos e garantias constitucionais, delineando, ainda que de forma implícita, os requisitos essenciais para a efetiva adoção do princípio da proporcionalidade.

Melhor andou o legislador da Lei 6.368/76, ao prever expressamente o sigilo no artigo 26 e inclusive tornar típica a ação consistente em violar de qualquer forma o sigilo em questão (artigo 17), vindo a fornecer aos procedimentos vinculados à referida lei uma roupagem ética, não permitindo a insensata estigmatização de possíveis inocentes, com a terrível pecha de traficante, servindo essa regra como paradigma em relação a qualquer espécie de fato criminoso que ainda esteja na fase de investigação preliminar, seja antes ou após a instauração do inquérito policial.

Essa possibilidade estigmatização de há muito foi percebida e já Carnelutti advertia que a crônica judicial interpõe entre o processo e o público o diafragma do cronista, uma que, ademais de desconhecer a técnica do processo, oculta outros interesses detrás da simples atividade de informar, até porque, como qualquer outro homem, o

cronista tem suas paixões, opiniões, simpatias e antipatias, não sendo necessário mais do que passar os olhos em algumas manchetes de jornais, para perceber que as crônicas, quase sempre apresentadas com adjetivos impressionantes, implicam, não raro, em juízos acerca da responsabilidade do investigado.¹⁵⁴

¹⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco apud LOPES JR, Aury. **Crítica Ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

3 O PAPEL DA LIBERDADE DE IMPRENSA NA DEMOCRACIA

Na perspectiva do Estado Democrático, a imprensa se apresenta como detentora do papel fundamental de servir como meio de informar ao povo o que os seus representantes estão deliberando em seu nome e até mesmo o alcance e significado das decisões tomadas, minimizando, assim, os riscos de desmoralização do regime democrático, até porque neste a administração do Estado não é entregue às pessoas mais importantes, como nas aristocracias, mas sim, a pessoas escolhidas dentre todos aqueles que preenchem os requisitos impostos em lei, as quais têm o dever de prestar contas aos seus eleitores.¹⁵⁵

Obviamente que essa imprensa, ora referida, não pode ser vista na mesma perspectiva daquela que inspirou o reconhecimento da necessidade de sua liberdade nos movimentos que sucederam a filosofia iluminista e por ela foram inspirados, com especial enfoque para Revolução Francesa e sua principal contribuição para o mundo, a qual foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que propiciou a identificação e o reconhecimento dos direitos à liberdade e ensejou o florescimento do individualismo, que naquele momento filosófico-histórico foi relevante para o nascimento, e fortalecimento dos chamados direitos de 1ª geração ou dimensão, eis que naquele momento histórico a imprensa era ainda novidade e se expandira principalmente a partir do gênio do alemão Gutenberg, com invenção da máquina capaz de permitir a reprodução em série dos escritos e possuía, na visão dos revolucionários, o significativo papel social de informar a sociedade sobre os acontecimentos da vida pública, justificativa essa que vem mantendo a bandeira desse direito fundamental elevada por tanto tempo.¹⁵⁶

Na sua moderna concepção, a imprensa surgiu no Século XVII, já numa ordem política e social reestruturada no período mercantilista do capitalismo, momento em

¹⁵⁵ TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A Democracia na América**. Sentimentos e Opiniões. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 138-139.

¹⁵⁶ FLEINER, Thomas. **O que são Direitos Humanos?**. Tradução Andressa Cunha Curry. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

que a troca de informações ultrapassa a necessidade do intercâmbio de mercadorias e, as próprias notícias começam a se tornar “mercadorias”, possibilitando a sedimentação do processo de profissionalização do jornalismo, bem como a institucionalização da atividade como ramo empresarial, submetido, paulatinamente, às mesmas leis do mercado.

Contextualizando-se, assim, o momento histórico-filosófico dessa primeira fase da imprensa livre, encontra-se a derrubada dos regimes de aristocracia das monarquias absolutistas e o florescimento do Estado Moderno, com suas concepções baseadas na idéia de liberdade e de governos oriundos do exercício da soberania popular, isso nos séculos XVIII e XIX, onde o número de jornais era diminuto, assim como também poucas eram as pessoas alfabetizadas, capazes, portanto, de decifrar as mensagens inseridas naquelas primeiras publicações escritas, até porque as grandes massas humanas habilitavam as zonas rurais e viviam dispersas e sem contato direto com a política.

O documento constitucional pioneiro na consagração da liberdade de imprensa foi a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, obra pessoal de Thomas Jefferson, co-autor da Declaração da Independência, representando essa Emenda um verdadeiro elo de inserção da imprensa em todo o arcabouço do sistema político do Ocidente. É nessa perspectiva de natureza política que o tema será abordado neste trabalho, a partir daquilo que inspirava o herói e segundo presidente dos Estados Unidos da América, que chegou a afirmar, sobre a relevância do papel da imprensa: “Se me coubesse decidir se deveríamos ter um governo sem jornais ou jornais sem um governo, eu não hesitaria um momento em preferir a segunda alternativa”.¹⁵⁷

Não há que ser olvidado, entretanto, que a imprensa dos memoráveis tempos do fundador da Universidade de Virgínia¹⁵⁸, finca raízes em uma época romântica, funcionando com meios rudimentares e imprimindo panfletos de uma folha e em tiragens inexpressivas, ao passo em que na atualidade os meios midiáticos são dotados da mais avançada tecnologia e se tornaram um dos mais rentáveis negócios

¹⁵⁷ Disponível em: < www.igutenberg.org/jj125.html> acesso em: 07.07.2004.

¹⁵⁸ JEFFERSON, Thomas.

comerciais do mundo, alcançando a maioria dos lares do planeta e moldando padrões sociais.¹⁵⁹

Pode-se perceber, portanto, que a imprensa teve o seu valor reconhecido a partir da necessidade de se informar à população sobre os acontecimentos na esfera de governo, contribuindo assim para que o povo pudesse controlar as ações de seus representantes, naqueles modelos ainda jovens e incipientes de democracia representativa, mas isso, em um momento histórico em que o alcance das informações veiculadas pela imprensa, que se resumia a panfletos e jornais, era reduzido, embora dotado de suma importância para disseminar o conhecimento sobre as atividades políticas e propiciar uma primeira experiência de transparência da atividade pública, tão incomum no regime anterior, dominado pelo absolutismo.

Ocorre que, com a revolução industrial houve rápido e progressivo êxodo rural, com o afluxo de trabalhadores e pequenos proprietários rurais para as cidades, onde passaram a trabalhar nas fabricas e a viver na zona urbana, ampliando-se os aglomerados urbanos e também os meios de imprensa, embora durante todo o século XIX ainda tenham esses meios se restringido à forma escrita, eis que o rádio somente se firmou e popularizou no início do século XX e a televisão, em meados do mesmo século.

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO SURGIMENTO DO ESTADO SOCIAL E DA EVOLUÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO.

Com o desenvolvimento cada vez maior da indústria e os investimentos na pesquisa, surgiram novos meios de comunicação - a começar pela difusão radiofônica, surgida a partir do gênio de Hertz e Marconi¹⁶⁰ - não existentes por ocasião do reconhecimento da liberdade comunicação e de expressão, direitos estes vinculados ao valor liberdade, que se apresenta como uma das principais conquistas dos

¹⁵⁹ CAVALCANTI, Diogo. “**LIMITES X LIBERDADE**” Canal da Imprensa. Disponível em: www.canaldaimprensa.com.br/debate/primedição/debate3.htm.> Acesso em 20 mai 2004.

¹⁶⁰ Disponível em: < www.radioclaret.com.br/port/historia.htm>. Acesso em: 20 nov 2003).

movimentos liberais dos séculos XVIII e XIX, sendo reconhecido como um direito de primeira geração ou dimensão.¹⁶¹

Um novo marco na história das comunicações estabeleceu-se com a invenção do rádio. Este tinha possibilidades de alcance muito maior e chegava mais rapidamente que qualquer outra mídia, principalmente no Brasil, cujo público letrado era bastante reduzido. O rádio, explorando a oralidade e a idéia da transmissão ao vivo, adentrou facilmente nos lares brasileiros. Como sua forma de transmissão e recepção necessitava apenas de uma estação emissora e aparelhos de recebimento, a mensagem podia chegar facilmente às pessoas, inicialmente em suas casas e, logo mais, com o surgimento de aparelhos portáteis, a qualquer parte a que esse aparelho fosse levado.

Com o rádio, desenvolveu-se toda uma técnica de comunicação sonora em que o ouvinte era envolvido por uma série de recursos que o levam a vivenciar virtualmente (recorrendo ao seu imaginário) uma situação proposta, como, por exemplo, nas peças de teatro ou novelas transmitidas por meio do rádio, os efeitos utilizados para simular chuvas, trovoadas, incêndios e toda uma infinidade de ruídos tinham como finalidade reproduzir uma cena real.

A fase seguinte e quase que concomitante, foi caracterizada pela chegada da televisão, que marcou o fim da primeira metade do século XX com a transmissão de voz e imagem, ao vivo e, já no final do século XX, pela internet, cujas potencialidades no ramo da comunicação ainda permanecem ignoradas, dado ao seu evoluir constante e dinâmico, mas é patente nesta quadra histórica, que os modernos meios de comunicação possuem uma capacidade quase incomensurável de atingir ao grande público, levando as suas imagens e mensagens às massas.¹⁶²

Essas novas tecnologias permitiram a documentação e divulgação de relevantes acontecimentos, principalmente do holocausto patrocinado por Hitler e seus seguidores, propiciando a ampla indignação universal, que ajudou a criar o ambiente

¹⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 525.

¹⁶² NEITZEL, Luiz Carlos. **Evolução dos Meios de Comunicação**. Disponível em: <www.geocities.com/Athens/Aparta/1350/evolucao_comunic.htm>. Acesso em 08 dez 2003.

contrário às barbáries da guerra e facilitou a união de Estados em prol da aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de viés progressista, direcionadas para a proteção aos valores fundamentais da raça humana e caracterizadas pela preocupação com a solidariedade e a fraternidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) surge, assim, como um marco significativo do reconhecimento da necessidade de universalização dos mecanismos voltados para a valorização do ser humano e a sua proteção em âmbito internacional, trazendo em seu bojo uma síntese daqueles valores essenciais à sobrevivência humana, hauridos a partir da observação dos principais acontecimentos históricos e tendo em vista a implementação de modelos oriundos da conjugação dos pensamentos de humanistas de diversas épocas e, no bojo de seu texto, percebe-se, também, a preocupação em garantir a Liberdade, em seus vários aspectos, até porque, tornou-se visível que a pouca transparência e a falta de liberdade contribuíram decisivamente para os momentos de terror que precederam à Declaração, principalmente naqueles Estados que houve disseminação das idéias nazistas.¹⁶³

3.2 A ORIGEM DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E EXPRESSÃO

Dentre os direitos humanos que ao longo de sua história a raça humana almejou ver reconhecidos, a liberdade¹⁶⁴ se apresenta como um dos mais relevantes, sendo tema recorrente das mais diversas correntes filosóficas e estando presente e fundamentando os mais diversos movimentos sociais retratados na história da Civilização Ocidental, sendo marcante a alusão que a ela se faz na Magna Carta de 1215, no “Bill of Rights”, na Declaração de Direitos da Virgínia, na Constituição Federal dos Estados Unidos, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem¹⁶⁵ e, principalmente, pelo seu cunho efetivamente generalizante e universal, na Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948).

¹⁶³ **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, Preâmbulo, 1948.

¹⁶⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Lisboa: Edições 70, 1984, p. 12-13.

¹⁶⁵ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**, 7. edição. São Paulo: Ícone, 1997, p. 147-177.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais, decorrentes da busca de concretização dos ideais revolucionários do Século XVIII¹⁶⁶, correspondia àqueles direitos básicos dos indivíduos relacionados a sua liberdade, considerada em seus vários aspectos. Esta geração encerra os postulados dos cidadãos em face da atuação do poder público¹⁶⁷, buscando controlar e limitar os desmandos do governante, de modo que este respeite as liberdades individuais da pessoa humana. Os direitos relativos a esta primeira geração significariam, portanto, uma limitação do poder público, um não fazer do Estado, uma prestação negativa em relação ao indivíduo.

Na inspiração original da Revolução Francesa, na qual a Liberdade surgiu num sentido singular, concebeu-se que as pessoas desfrutariam de maiores facilidades e concessões em face do Estado, num processo que se convencionou chamar de direitos individuais. Estes não eram iguais para todos, se entendermos que a igualdade era a meta mais difícil, devido à crescente divisão social. No entanto, grandes mudanças ocorreram na "imortal trindade"¹⁶⁸, destacando-se a ampliação que recebeu o valor liberdade, já que o conceito de liberdade passou para liberdades, "positiva"¹⁶⁹ e "negativa"¹⁷⁰. A primeira, "positiva", é a idéia de participação política dos indivíduos enquanto membros de um Estado, e a "negativa" se resume em poder fazer ou ser aquilo que se quer, sem ser impedido por outrem, ou de não fazer ou agir, sem vir a ser obrigado.

A percepção de que, em verdade, o valor Liberdade Humana não se expressava de uma forma unitária, mas sim, múltipla, permitiu o desenvolvimento de teorias que culminaram, ainda no século XVIII, com o reconhecimento de liberdades outras, derivadas daquele valor primordial, com destaque para a liberdade de religião¹⁷¹, liberdade de iniciativa econômica e a liberdade de comunicação e expressão¹⁷²,

¹⁶⁶ ASENSI SABATER, José. **Constitucionalismo y Derecho Constitucional**: materiales para una introducción. Valência: 1996, p. 18.

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32.

¹⁶⁸ Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

¹⁶⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Edson Bini. Bauru-SP: EDIPRO, 2000, p. 39-40.

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 48-49.

¹⁷¹ **DECLARAÇÃO Francesa Dos Direitos Do Homem e do Cidadão (1789)**. Art. X.

¹⁷² *Ibidem*, artigo XI.

como expressa categoricamente a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América; “O Congresso não legislará [...] cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”.¹⁷³

Os Movimentos e Documentos gerados ainda no período do iluminismo, associados aos acontecimentos posteriores, dentre eles o advento do nefasto nazismo e as diversas formas de totalitarismo, influenciaram decisivamente na inclusão de liberdades vinculadas à comunicação e expressão, também no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como forma de reconhecer o valor dos meios de comunicação para a manutenção de uma sociedade bem informada e da indispensabilidade da liberdade de informação jornalística.

3.3 O DESENVOLVIMENTO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA NO BRASIL.

Após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Brasil implementou três Constituições Federais e uma Emenda Constitucional que praticamente substituiu o regime constitucional então vigente, sendo que todas elas, inclusive a emenda constitucional nº 1/1969, foram influenciadas pelos direitos reconhecidos na Declaração, mas mesmo antes, com a inspiração intimamente individualista e com a marca política de seu tempo, as constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934 e 1937 já consagravam direitos que visavam o acesso à informação.

Somente a partir da carta Constitucional de 1934 era possível prever o grande alcance das divulgações feitas então pelo sistema radiofônico¹⁷⁴, enquanto que o

¹⁷³ EUA. Constituição. **Constituição Dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <www.usembassy-maputo.gov.mz/u.s.constitution.htm>. Acesso em 10 jul 2004.

¹⁷⁴ CALABRE, Lia. **A Era do Rádio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 7-8.

alcance das comunicações de massa pela televisão, no Brasil somente pôde ser observado a partir de 1950, quando foi inaugurado o primeiro canal e possibilitadas as primeiras transmissões televisivas.¹⁷⁵

Ocorre que, com incremento da televisão e dos programas jornalísticos televisionados descobriu-se também o grande potencial econômico desse novo instrumento de comunicação social, capaz de adentrar, em pouco mais de meio século, em quase todos os lares brasileiros e influenciar, das mais variadas formas, o comportamento do povo.

Esse potencial passou a ser largamente explorado através do marketing dos mais variados produtos e, até mesmo do marketing pessoal criado para à finalidade de divulgar uma boa imagem de artistas, empresários e políticos, estes passando a utilizar-se do novo modelo de propagação, com vistas a alcançar marketing político.¹⁷⁶

Atingindo esse estágio e com advento de variadas empresas habilitadas à exploração desse novo ramo de comunicação social, dotado de grande potencial econômico, mormente em relação à divulgação de produtos destinados ao consumo da sociedade de massas, que passou a ser diretamente influenciada, em seus costumes e comportamento social, pelos novos valores divulgados através dos diversos programas¹⁷⁷, surgiram mais fortemente os objetivos empresariais, e as redes de televisão passaram a competir entre si, através da implementação de uma programação para alcançar o maior número possível de telespectadores e, dessa forma, obter também, um público maior para assistir a campanhas de marketing idealizadas pelos interessados em divulgar e massificar os seus produtos, tornando-se, assim, a televisão, um grande negócio comercial, onde quanto mais audiência obtiver a programação oferecida, maior também será o lucro obtido com a venda dos espaços reservados para o marketing.

¹⁷⁵ Disponível em: <www.supercanalv.hpg.ig.com.br/1surgiuTv.htm> Acesso em 15 nov 2003 .

¹⁷⁶ ROSSI, Clóvis. **O que é Jornalismo?**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 7.

¹⁷⁷ BORDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 23.

Dessa visão altamente comercial, não ficaram isentos os programas denominados de telejornais, os quais passaram a buscar cada vez mais notícias capazes de elevar o interesse do público telespectador, colocando em xeque os valores sociais que devem orientar a atuação da imprensa, no seu relevante papel de bem informar a Sociedade, com imparcialidade e qualidade, primando sempre pela ética.

Inseridos nesse nefasto sistema de conquista e manutenção de mercado, os jornais tiveram que se tornar ainda mais atrativos, competindo uns com os outros, ou seja, o telejornal de uma emissora de televisão passou a competir diretamente com os telejornais das demais emissoras, em uma disputada de mercado semelhante à dos produtos que os anunciantes veiculam em seus intervalos comerciais.

Dentro desse contexto, as notícias bombásticas, envolvendo personalidades públicas ou assuntos que possam gerar a curiosidade das massas, passaram a ser incessantemente buscados, para aumentar a atratividade do produto jornalístico que propiciará o incremento da audiência se for relativo ao sensacional ou ao espetacular, alcançando esses adjetivos, não raro, através da dramatização levada a cabo pela televisão, que ao por divulgar um acontecimento que gere interesse, exagera-lhe a importância¹⁷⁸, fazendo com que, por conseguinte, ocorra a valorização dos espaços comerciais a serem divulgados.

Diante desse novo contexto de buscar do lucro para as emissoras e de ter que bem informar à sociedade, os telejornais passaram a contradição de, às vezes, terem que atender aos interesses maiores não da sociedade, a quem é dirigida as informações, mas, sim, dos patrocinadores daqueles programas jornalísticos, que, não raro, são os Governos, por seus diversos entes e os grandes detentores do capital, havendo aí uma inversão maléfica, capaz de comprometer a fidelidade da informação prestada.¹⁷⁹

Esse dilema termina por, não raro, levar que uma emissora de televisão priorize a crítica ou os elogios falsos a favor ou contra determinados grupos políticos, em

¹⁷⁸ BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 25-27.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 101-117.

destruindo de outras, criando fantasias e transformando homens de honorabilidade questionável em super-heróis e “salvadores da pátria”, como ocorreu no Brasil, em passado recente, com o fenômeno “Collor”, o que contribuiu para a redução da credibilidade nos meios de comunicação e fragiliza o relevante papel da imprensa, na fiscalização da atuação do Estado, com os olhos voltados para prestação de serviço de informação à sociedade, tornando-se mesmo um perigoso instrumento, capaz de conduzir o comportamento das massas humanas, retirando-lhes a capacidade crítica.¹⁸⁰

O perigo que a incorreta utilização da força midiática da televisão pode representar para a democracia é hoje claramente perceptível, havendo a necessidade de controle sobre a televisão, dado ao seu poder ilimitado de modelar o espaço social, em seus aspectos moral e cultural, de forma entrópica, situação essa que vem sendo objeto de análise em diversos campos, não podendo o do Direito ficar alheio a uma questão tão significativa para a vida em sociedade, em face da importância e do poder dessa forma de mídia.

Difícilmente se vislumbra outro tipo de empreendimento que haja logrado somar tanto poder político e econômico quanto as empresas da área de comunicação, as quais, não raro, passaram a utilizar o poder político em favor de seu poder econômico, não havendo que se olvidar que a imprensa ultrapassou os limites da forma e alcançou modernos meios de chegar em quase todos os lares e atuar com a força de um verdadeiro poder, que por não estar formalmente institucionalizado, escapa de controles sociais e coloca em risco a sociedade a quem deve servir. Embora não se possa subjugar a imprensa, submetendo-a ao poder político, estatizando-a ou censurando-a prévia e drasticamente, é necessário que haja um controle que permita que ela não afronte outros valores constitucionalizados.¹⁸¹

Ciente dessa diversidade de meios pelos quais as informações circulam no meio da sociedade e o seu alcance, bem como a sua reconhecida importância, o constituinte brasileiro de 1988 foi minucioso ao prever, em distintos dispositivos, formas de

¹⁸⁰ SLOTERDIJK, Peter. **O Desprezo das Massas**: ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna. Trad. Cláudia Cavalcanti. São Paulo: Estação Liberdade, 2002, p. 21-23.

¹⁸¹ PASSOS, J. J. Calmon de. **A Imprensa, a Proteção da Intimidade e o Processo Penal**. Disponível em: <http://www.serrano.neves.nom.br>> Acesso em 09 mar 2003.

preservar o exercício dessa atividade tão relevante e de compatibilizá-la com os demais direitos também expressos na mesma Carta, conforme se extrai dos incisos IV, V, IX, X, XI e XIV do artigo 5º, combinados com os artigos 220 a 224 da Constituição, compreendendo, na síntese do pensamento do Prof. José Afonso da Silva “...as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação – esta sujeita a regime jurídico especial, conforme disposto no art. 220”.¹⁸²

Ao escopo da abordagem aqui empreendida, interessam diretamente os direitos inseridos nos incisos IX e XIV, do Artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, por se referirem diretamente à liberdade de informação jornalística¹⁸³, o primeiro dispendo que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” e o último, em sua primeira parte, que “é assegurado a todos o acesso à informação[...]”, o que demonstra a necessidade de se analisar essa liberdade em duas dimensões distintas: a consistente no direito de informar, que se apresenta mais voltada para a atividade jornalística ativa e a liberdade que integra o direito de a sociedade, por cada um de seus membros, receber informações.

Em ambas as dimensões aqui apresentadas – direito de informar e o direito de ser informado - têm-se que reconhecer que está a se tratar de direitos essenciais ao homem enquanto integrante de um Estado democrático e que efetivamente esteja imbuído do propósito de assegurar a liberdade como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, pois sem garantir esses direitos fundamentais, não há como alcançar os propósitos contemplados no Preâmbulo da Carta Constitucional Brasileira, até porque, sem a livre circulação das

¹⁸² SILVA, José Afonso da. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32-33.

¹⁸³ A escolha da expressão “liberdade de informação jornalística” decorre de sua maior abrangência, em relação a “liberdade de imprensa”, “liberdade de expressão” e “liberdade de comunicação”, bem como ao fato de ser suficiente, em si mesma, para delimitar o tema proposto, que objetiva tratar da liberdade de informar e ser informado, no âmbito exclusivo dos meios de comunicação jornalística, envolvendo programas de televisão, de rádio as matérias publicadas em revistas e jornais. A expressão encontra-se cunhada no parágrafo 1º do art. 220, da Constituição Federal Brasileira de 1988, que dispõe: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

informações, não há sequer como garantir o regime democrático, pois não há democracia sem liberdade de informação.

3.4 AS DIMENSÕES DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

O papel e a relevância da atuação da imprensa, enquanto uma necessidade humana para garantir a livre informação, sobre todos os seus aspectos, devem ser vistos sob duas dimensões bem distintas, mas complementares entre si, em uma atuando a imprensa e os profissionais que a representam, tendo em vista a perspectiva do direito democrático de se fornecer à população informações claras e verdadeiras, que permitam a cada indivíduo controlar o que está ocorrendo nas diversas esferas do poder estatal e, por último, na perspectiva de busca da informação pela própria sociedade, ou direito de se informar, constituindo-se as duas, na chamada liberdade de informação jornalística, sob o aspecto ativo e passivo, informar e ser informado.¹⁸⁴

Sob esse prisma - necessidade humana - o direito à informação não é mais visto como simples liberdade de externar o pensamento -de expressar-se- mas sim como um direito fundamental de participação da sociedade, travestindo-se no direito de informar (de veicular informações), no direito de ser informado (de receber informações) e, ainda por parte da sociedade, até mesmo no de se informar (de recolher informações), sendo, pois, base para a democracia - a qual, configura um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil- conforme dispõe o art. 1º, da Constituição Federal.¹⁸⁵

De fato, dúvida não há que o Estado brasileiro se traduz em um Estado de Direito Democrático, cujos princípios básicos de liberdade são o seu alicerce, seu fundamento, irradiando seu valor sobre todas as normas jurídicas. Eis aí a

¹⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33.

¹⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

importância do direito à informação, revelação do direito de liberdade a que o povo receba informações acerca da atuação de seus representantes e de outros membros da sociedade que com suas ações possam influir direta ou indiretamente no modo de vida de cada um, possibilitando, assim, que através da correta informação o ser humano alcance um nível satisfatório de conhecimento das coisas e fatos que o cercam enquanto membro da Comunidade, até porque a máxima corrupção está diretamente vinculada ao máximo segredo.¹⁸⁶

Realmente, a informação como forma de obtenção de conhecimento, como meio de poder é hoje mais que um direito: é uma necessidade irrenunciável, sem a qual não há participação, não há liberdade, desmorona-se a igualdade, obstaculiza-se a existência da democracia e afasta-se a possibilidade de alcançar-se uma sociedade justa e participativa, afrontando a Constituição Brasileira em seus próprios fundamentos.

Portanto, a informação é indispensável para a vida social, principalmente para a vida política e em particular para a eleição (sufrágio), meio através do qual o povo elege os representantes que vão decidir sobre assuntos de suma importância nos aspectos individual e coletivo, e que em seu nome governam. Enfim, vão exercer todo o poder que ao povo pertence, em um legítimo sistema de democracia representativa, já que a forma de democracia direta experimentada em sociedades menos complexas, como a de Atenas Clássica, não se apresenta viável nestes tempos de pós-modernidade.¹⁸⁷

A democracia - princípio fundamental do Estado brasileiro - reclama, como se pode concluir, ao menos dois pressupostos básicos: a liberdade e a igualdade. Estes pressupostos deixam de existir de fato quando ausente o conhecimento, a informação, pois a falta de conhecimento, ou seja, a ignorância sobre a realidade do funcionamento das instituições, representa uma afronta à democracia.

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Diálogo em Torno da República**: os grandes temas da política e da cidadania. Trad. Daniela Baccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 111.

¹⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 8. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 53-56.

Nessa dimensão, do interesse público, a aclamada liberdade vincula-se à primeira porque, para que seus ideais sejam alcançados, mister se faz que os profissionais de imprensa tenham vocação a busca e a divulgação da verdade, com ética e plena isenção, não podendo os referidos profissionais sofrer pressões ilegais ou imorais, de forma a limitar a sua liberdade de pesquisar a verdade e divulgá-la, naquilo que for do interesse público e é nessa dimensão que avulta a importância no auxílio do controle Social sobre os órgãos de atuação dos poderes do Estado, ressaltando-se esse controle em relação aos três órgãos, o legislativo, o executivo e o judiciário, como forma de garantir a transparência da ação dos homens públicos.

3.5 O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E A RELAÇÃO COM O PODER JUDICIÁRIO

O controle social sobre o Executivo e o Legislativo decorre diretamente da necessidade de o outorgante fiscalizar se o outorgado, por ele eleito, está cumprindo o seu mandato, nos limites do pactuado, dando-se assim, maior transparência ao sistema de democracia representativa, que somente se justifica através dessa interação entre mandante (eleitor) e mandatário (eleito).

No que se concerne aos Membros do Órgão Judiciário, no sistema brasileiro não são eles eleitos, retirando a legitimidade de sua atuação em decorrência das formas de provimento previstas pelo constituinte, que agindo por mandato popular entendeu serem essas formas as melhores para atender às necessidades do Estado e do povo brasileiros, dispondo que, tomando-se por base a regra,, o acesso ao cargo se dá por “Ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação...”¹⁸⁸

¹⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

Essa forma de acesso dos membros do Órgão encarregado da função Jurisdicional do Estado, baseada na meritocracia e não no sufrágio popular, não retira, e até aconselha, dentro do sistema democrático, o direito de o povo exercer o controle dos agentes encarregados dessa relevante função estatal, pois, nos termos do Parágrafo único, do art.1º da Constituição Federal de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Como todo poder emana do povo, o Poder Jurisdicional também dele emana e embora esteja, em regra, fora do exercício direto pelo próprio povo, com exceção dos casos de competência do Tribunal do Júri (CF, art. 5º, inciso XXXVIII), onde os julgamentos de mérito são feitos diretamente por jurados, escolhidos dentre pessoas comuns, não integrantes da magistratura togada, seus membros não estão isentos de prestar contas de suas atividades ao real detentor do Poder, servindo a mídia como instrumento dessa prestação de contas, desde que atue nesse campo com a correta percepção do seu papel e também das relevantes funções exercidas legal e legitimamente pelo Poder Judiciário, que não pode se afastar da obrigação de fundamentar todas as suas decisões, conforme determina a Constituição Brasileira, em seu artigo 93, incisos IX e X.

Do que até o momento foi analisado neste capítulo, surge uma reiterada confusão de conceitos e valores, que tem levado determinados setores, mormente ligados aos meios de comunicação, à defesa da idéia de que, como a Liberdade de Informação Jornalística é um direito fundamental, histórica e constitucionalmente reconhecido, não se encontra ele sujeito a qualquer tipo de controle, sendo absoluta essa liberdade e não possuindo o Poder Judiciário legitimidade para conceder medidas requeridas por pessoas que se sintam prejudicadas pelas matérias já divulgadas ou a serem divulgadas.

Ressalte-se que os membros do Poder Judiciário são selecionados em conformidade com as regras e princípios estabelecidos pelos constituintes, representantes do povo, dentro das regras democráticas adotadas pelo sistema Constitucional brasileiro, apresentando-se, assim, com uma legitimidade extraída,

também, da soberania popular, não estando isentos de prestar contas de suas ações ao detentor do Poder – o povo.

Esse legítimo controle popular sobre as ações dos órgãos encarregados de exercer a função jurisdicional do Estado, tão mais amplo será, quanto mais se verificar a transparência nas ações dos membros do Poder Judiciário e essa transparência se apresenta como elemento essencial para o êxito do trabalho da imprensa dentro de sua reconhecida liberdade de atuação, no intuito de esclarecer à população sobre as questões administrativas e as decisões emanadas desses Órgãos de Poder, o que não impede que o Poder Judiciário, sendo acionado, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, preste a tutela jurisdicional cabível, para preservar a Dignidade da Pessoa Humana que esteja sendo injustamente violada, já que se encontra expresso na Constituição Federal de 1988 que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹⁸⁹

Assim, uma vez sendo provocado a tutelar o direito à honra ameaçada ou afrontada, por força da norma Constitucional inserta na Carta de 1988 e também da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Poder Judiciário não pode se omitir de seu poder-dever, estando obrigado a prestar a tutela jurisdicional respectiva, até porque, conforme ressalta. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição assim o determina.¹⁹⁰

Os meios de comunicação que desconsideram a condição de inocência da pessoa humana investigada, até que se prove o contrário através de um processo justo e legal, parecem esquecer de casos paradigmáticos que marcaram de vergonha a ainda recente história judiciária brasileira, como o dos “irmãos Naves”, vítimas da prepotência estatal, da incompetência policial e de outros fatores, dentre os quais a própria divulgação prematura de seus nomes e de suas imagens vinculadas a um

¹⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001, art. 5º, inciso XXXV.

¹⁹⁰TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 2. ed. 2000, p. 138-139.

hediondo “latrocínio” que nunca existiu de fato, a não ser na mente criativa de autoridades policiais incompetentes e torturadoras e de uma imprensa sem compromisso com a verdade e tendenciosa, que induziram a uma condenação social e a uma pressão que culminou por influenciar na condenação judicial de dois inocentes, que tiveram a sua honra e a sua dignidade dilacerada pelo sensacionalismo dos meios de comunicação e pelo estrelismo da autoridade policial, como no caso dos “irmãos Naves”.

A referência ao mais vergonhoso e conhecido caso de erro judiciário – irmãos Naves - não foi ao acaso, servindo para demonstrar o risco do estrelismo, sim, pois uma vez iniciada uma investigação policial e em havendo uma ampla divulgação por meio da imprensa, há sempre o risco de a autoridade responsável seguir o exemplo do tenente que comandou a investigação do caso dos “irmãos Naves”, sentindo-se pressionada ou até mesmo impressionada pela presença dos meios de comunicação, aderir a um sentimento de rápida solução para o caso, às vezes abandonando as garantias do investigado e não adotando todos os caminhos investigatórios, preferindo seguir aqueles já desbastados pela imprensa e pela opinião pública formada a partir das matérias veiculadas, com sérios perigos para o descobrimento da verdade real naquele caso.

Essa forma de atuação, adotada pelo temor de apresentar conclusões diferentes daquelas já divulgadas pela mídia apresenta-se como uma opção perigosa, que coloca em risco qualquer ser humano, já que ninguém está isento de vir a ser considerado suspeito, em alguma fase de sua vida, da prática de um determinado fato tido como delituoso, a qual precisa ser abandonada e desestimulada por ações estatais e também através de uma nova postura a ser adotada pelos já referidos meios de comunicação, que devem exercer seu mister sem desrespeitar os direitos humanos, em particular aqueles vinculadas à dignidade da pessoa humana, lembrando-se sempre que a Liberdade de Informação Jornalística somente pode cumprir com sua função de controle se as diversas opiniões existentes puderem ser confrontadas, devendo ser evitada uma corrente única de opinião ou mesmo a fabricação da opinião pública.¹⁹¹

¹⁹¹FLEINER, Thomas. **O que são Direitos Humanos?**. Tradução Andressa Cunha Curry. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.112.

Os meios de comunicação não devem se omitir em relação ao seu dever de bem informar à sociedade, mas quando seus profissionais se deparam com notícias que envolvam a prática de fatos delituosos, têm o dever de manter o zelo e o extremo cuidado de ao noticiar o fato, não proceder, desde logo, a um juízo de valor no que concerne à culpabilidade, ou não, de determinada pessoa apontada como suspeita e, ainda, que se abstenham de – indiscriminadamente – divulgar o nome ou a imagem dessa pessoa apontada como suspeita, com vistas a evitar a formação de uma opinião pública prematura acerca da honra daquela pessoa investigada, sobre a qual pesam ainda indícios, mas que soam, após a divulgação, como fatos verdadeiros e incontroversos a ponto de, se não forem comprovados ao final das investigações preliminares, recair suspeitas sobre o próprio trabalho policial naquele caso, dando-se maior credibilidade às conclusões da mídia do que às do Poder Público.

Aos menos avisados poderia parecer impossível essa limitação na divulgação das matérias, porém, não se afigura correto esse parecer, pois idêntica providência é adotada em relação aos delitos onde o investigado é menor de 18 anos e, portanto, responde a título de ato infracional¹⁹² e nem por isso a sociedade fica tolhida de receber a notícia de forma satisfatória, embora esta seja divulgada sem contemplar a imagem ou mesmo o nome do adolescente, em respeito ao disposto no art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, das idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais¹⁹³.” (sem grifo no original).

A mesma Legislação, visando tornar efetiva a proteção dispensada aos adolescentes que sejam objeto de investigação, contra a divulgação de elementos caracterizadores de sua personalidade, de molde a protegê-los em sua dignidade enquanto seres humanos detentores de “condições dignas de existência¹⁹⁴”, prevê que constitui infração administrativa “Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de

¹⁹² Lei 8.069, de 17.07.1990, art. 103.

¹⁹³ Lei 8.069, de 17.07.1990, art. 17.

¹⁹⁴ Lei 8.069, de 17.07.1990, art. 7º.

procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional¹⁹⁵”, como decorrência lógica do disposto no parágrafo único do seu artigo 143, que ao se referir à vedação de divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes, complementa: “Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência”.

Não se pretende que a liberdade de informar sofra uma restrição que a atinja em seu âmago, ao contrário, a pretensão é de que ela seja exercida com responsabilidade social e respeito aos fundamentos que justificam a sua existência e, não se pode alcançar esses pressupostos, sem que comunicação esteja diretamente vinculada à idéia de verdade, capaz de justificar o poder reconhecido à mídia de atuar como formadora de opinião pública, mas todo esse reconhecimento é feito dentro dos limites da dignidade da pessoa humana investigada, pois o fato de ser suspeita não lhe retira essa dignidade que é condição necessária da própria personalidade. Aliás, um dos fundamentos da liberdade de comunicação está na sua finalidade precípua que é a de bem informar ao povo, sobre o que acontece em sua volta, sob os auspícios do Estado em que vive.

A atuação dos veículos de comunicação, na difusão de notícias de natureza criminal, por sua vez, tem a finalidade de deixar informada a sociedade sobre a ocorrência de alguma atividade delituosa, para que esta se mantenha em alerta e possa se proteger, além de acompanhar e cobrar do Estado, por seus Órgãos e Agentes, a adoção de providências que visem à melhoria da segurança, bem como a apuração e punição dos responsáveis, estando, assim, esse Direito à Informação diretamente ligado à idéia de Democracia, não se podendo olvidar que o primeiro requisito de uma verdadeira ordem democrática é o respeito à pessoa humana e, sem este, não há que se falar nos demais direitos, muito menos no de informar e de ser informado.

Quando se propõe como paradigma a ser seguido, aquele do Estatuto da Criança e do Adolescente, é porque se trata de modelo já implementado e que não obstaculiza

¹⁹⁵ Lei 8.069, de 17.07.1990, art. 247.

a divulgação da notícia, apenas preserva a identidade – ou nome – do investigado, bem como a sua imagem, protegendo a sua honra como forma de evitar a repetição de casos como o dos já mencionados irmãos Naves e o da Escola Base, que tanto envergonham a nossa Nação.

3.5.1 PRÁTICAS DA MÍDIA QUE AFRONTAM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA INVESTIGADA

Não se apresenta viável e sequer possível, em um trabalho desta natureza, abordarem-se todas as situações que configuram afronta à dignidade da pessoa humana investigada, o que justifica a opção, aqui adotada, de fazer referências pontuais, com enfoque em casos onde a atuação dos meios de comunicação e de seus operadores, não encontram amparo no princípio da proporcionalidade e sequer no sistema jurídico.

A começar, aborda-se a prática de o profissional de comunicação “interrogar” o suspeito ou investigado, levada a efeito constantemente pela mídia, a qual traz consigo, além da colisão entre a liberdade de informação jornalística e a dignidade da pessoa investigada, a partir da perspectiva da proteção a sua honra, uma afronta direta ao seu direito de permanecer calado ou de não produzir prova contra si próprio – “*nemo tenetur se detegere*” -, conforme o artigo 5º, Inciso LXIII da Constituição Brasileira, o qual dispõe que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

A referência ao preso deve ser entendida em sentido lato, como qualquer pessoa que esteja submetida a oitiva por autoridade policial, na qualidade de suspeita e, nessa situação, se for ouvida e levada a confessar os fatos cuja suspeita recaem sobre ela ou de qualquer modo a prejudique criminalmente, sem que tenha sido alertada para o seu direito ao silêncio, haverá afronta ao seu direito fundamental,

que implica, inclusive, na imprestabilidade daquela confissão, por caracterizar prova ilícita, conforme tem entendido a jurisprudência dominante:

[...] III. Gravação clandestina de 'conversa informal' do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub- reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não [...].¹⁹⁶

Essa mesma prática fere de morte, também, o princípio da presunção de não culpabilidade ou da presunção de inocência, eis que ao assim agir, o profissional de comunicação termina por, não raro, insistir sobre as evidências existentes contra a pessoa investigada, terminando por formar a opinião pública sobre a culpa do "entrevistado", o que poderá ter sérias conseqüências por ocasião de seu julgamento, pois muito embora não possa o juiz se deixar impressionar pela pressão da mídia e condenar alguém sem a demonstração de provas suficientes, há sempre o risco de que em alguns casos isso venha a ocorrer¹⁹⁷, mormente quando sujeito a julgamento popular, pelo Tribunal do Júri, onde os leigos que compõem o Conselho de Sentença não estão sujeitos a fundamentar as suas decisões, uma vez que regidos pelo princípio da íntima convicção¹⁹⁸, ao contrário daqueles juízes profissionais, que se sujeitam ao sistema da livre persuasão racional ou livre convencimento motivado.

Ao Judiciário cabe, assim, a relevante função de dirimir a colisão entre o princípio que resguarda a dignidade da pessoa investiga e aquele que protege a liberdade de

¹⁹⁶ Supremo Tribunal Federal, HC 80.949/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Publ. DJU 14 dez 2001, p. 26.

¹⁹⁷ SOUZA NETO, José Laurindo. **Processo Penal – Sistema e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 199.

¹⁹⁸ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**, vol. 1, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 274-275.

informação jornalística, valendo-se de um princípio, o da proporcionalidade e do critério da ponderação de valores, na busca de uma solução mais justa e equânime. O Poder Judiciário tem sido chamado a dirimir diversos conflitos envolvendo a questão aqui posta, onde há tensão entre a Liberdade de Informação jornalística e os direitos de personalidade do investigado, com reflexos na própria Dignidade da Pessoa Humana, sendo que é possível perceber a utilização do critério da ponderação, informado pelo princípio da proporcionalidade, como fator de orientação das decisões proferidas nos diversos níveis, às vezes em caráter de tutela inibitória cautelar, outras em caráter de ressarcimento.¹⁹⁹

¹⁹⁹ **RESP. 439584/SP.** Rel. Min. Menezes Direito. DJU: 09 dez 2002, p. 341.

4 A COLISÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA INVESTIGADA E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALISTICA

4.1 FISIONOMIA DA COLISÃO

A situação posta até aqui permite afirmar que a pessoa humana investigada, quando tem o seu nome ou a sua imagem expostos através de programas jornalísticos, especialmente os de cunho populista ou sensacionalista, tem a sua honra afetada e, por conseqüência, como o direito à honra encontra-se inserido no contexto da personalidade daquele investigado, atingida também restam os seus direitos da personalidade, que por sua constitui-se em elemento integrador da própria dignidade humana da pessoa investigada, valor este positivado e institucionalizado como fundamento do Estado Brasileiro.²⁰⁰

Por outro lado, a liberdade de informação jornalística encontra-se sustentada, também, em direitos fundamentais positivados e institucionalizados na mesma Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual prescreve ser livre a expressão da atividade de comunicação, independentemente de censura ou licença e, ainda, assegura a todos o acesso à informação, ficando claro que nestas duas dimensões encontram-se o direito de informar e o direito de ser informado, o primeiro amparando os meios de comunicação e os profissionais a ele vinculados, enquanto que o segundo reflete o interesse de toda a sociedade em ser informada, estando, assim, patente que o que se visa garantir é o valor Liberdade.²⁰¹

²⁰⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

²⁰¹ Aqui importa observar o grande dissenso existente no meio científico, no que concerne à determinação do que venha a ser o conceito de princípios e de valores, merecendo destacar que para a compreensão deste trabalho é necessário vislumbrar-se o Direito, mormente aquele inserido no texto constitucional brasileiro, como um ordenamento jurídico, informado por valores, princípios e regras, todos com papéis definidos nesse cipoal jurídico, que não pode ser concebido de forma reducionista.

Quando um meio de comunicação ou um profissional vinculado a esse meio se propõe a divulgar ou divulga uma matéria jornalística de cunho criminal e veicula, concomitantemente, o nome ou imagem do investigado²⁰² ou mesmo divulga ambos, depara-se com uma situação onde, aparentemente, agem eles no exercício regular do direito de informar e em favor do direito da sociedade de ser corretamente informado, mas, naquele mesmo contexto, acha-se inserido o direito de a pessoa humana investigada ver protegida a sua dignidade humana, consistente no resguardo de sua honra, valores também essenciais dentro de um Estado democrático.

A pessoa humana investigada, seja no momento mesmo em que é flagrada na cena do possível crime, quando está na condição de um mero suspeito, seja depois de presa e autuada em flagrante delito, quando passa a ostentar a situação jurídica de indiciada, não se encontra divorciada do amparo do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, estampado este no art. 5º, inciso LVII, dispondo de forma precisa que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o que evidencia a necessidade de que no exercício da liberdade de informação jornalística, haja sempre o cuidado de não expor dados qualificativos que possam ligar o investigado ao suposto fato criminoso.

Nessa situação, apresenta-se evidente que na medida em que ambas as partes envolvidas – meios de comunicação ou os profissionais a ela vinculados, por um lado e pessoa humana investigada, por outro – são detentoras de direitos inseridos igualmente na Constituição Federal Brasileira de 1988, os quais, se exercidos na sua plenitude – como direitos absolutos - se tornam incompatíveis, podendo-se afirmar que os valores Dignidade da Pessoa Humana e Liberdade encontram-se em uma rota de colisão, colocando inclusive em xeque a idéia de unidade e de coerência que deve estar presente no sistema constitucional, apresentando-se necessário encontrar-se uma forma de evitar esse entrelaçamento, através de um mecanismo de compatibilização que também seja dotado de força constitucional.

²⁰² Entenda-se “investigado” aqui entendido sob a concepção da pessoa que se apresenta como suspeita ou indiciada, ou seja, desde o primeiro momento após a ocorrência do fato que consiste na infração penal até o término das investigações realizadas no âmbito policial, abrangendo toda a fase do inquérito policial, bem como a fase antecedente à própria instauração deste.

Pelo que foi exposto até aqui, percebe-se que ambos os direitos, aquele inerente à honra da pessoa humana investigada, bem como o concernente à liberdade de informação jornalística, encontram-se fundados em valores constitucionalmente reconhecidos como fundamentais – Dignidade da Pessoa Humana e Liberdade – e não se pode simplesmente optar sempre por sacrificar um desses valores em detrimento do outro, necessário se fazendo, em cada caso, identificar qual o valor mais relevante e, então, privilegiá-lo, naquela situação colidente.

Necessário se fez encontrar um mecanismo que permita evitar-se que a colisão se consume, com a indicação de qual valor deve ser preservado ou qual deve ser afastado. Primeiramente há que se constatar qual a natureza jurídica desses direitos conflitantes, no caso concreto, para então se definir se o tal mecanismo será o mesmo utilizado nos conflitos gerais também encontráveis entre as diversas normas que permeiam o sistema jurídico pátrio, ou se as formas tradicionais são insuficientes para alcançar a solução almejada.²⁰³

4.2 SITUAÇÃO COLIDENTE E A SUA CLASSIFICAÇÃO

Face à pretensão de se alcançar nesta dissertação um mecanismo que permita a solução para a colisão de valores entre Dignidade da Pessoa Humana Investigada e a Liberdade, identifica-se como o ponto central do estudo, a “colisão entre valores positivados e institucionalizados constitucionalmente”, razão da opção pela busca de um norte, também constitucional, para alcançar-se a almejada saída, sem ranhuras incompatíveis com o Direito Maior, necessário se fazendo desvendar, ainda que de modo superficial, como se diferenciam os elementos que compõem o ordenamento jurídico constitucional, mormente em um sistema como o brasileiro, que se sustenta majoritariamente na relação “valores-princípios”, conforme se concebe na leitura

²⁰³ ASENSI SABATER, José. **Constitucionalismo y Derecho Constitucional**: materiales para una introducción. Valência: 1996, Editora Tirant Lo Blanch, 1996, p. 92-94.

minuciosa do Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.²⁰⁴

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]. (sem grifo no original).

Essa tarefa será alcançada com o auxílio da doutrina estrangeira e da nacional, eis que o tema da colisão entre valores insertos em princípios e os mecanismos de solução vêm sendo objeto de debate doutrinário contínuo em vários países, com destaque especial para a Alemanha, Estados Unidos e Portugal e, no Brasil, embora ainda impúbere, o tema vem ganhando relevo especial a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e dos ventos da redemocratização por ela soprados, os quais arejaram tanto a liberdade informação jornalística, quanto a idéia de dignidade da pessoa humana, necessitando-se, então, de estabelecer quais os limites a serem obedecidos, quando esses valores supremos encontram-se em rota de colisão.

Na doutrina estrangeira se lança mão dos ensinamentos dos teóricos germânicos Karl Larenz e Robert Alexy, ambos com relevante literatura sobre o tema; do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, que também vem mostrando preocupação com o tema; do constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho, um dos juristas com maior influência no Direito Público brasileiro, dentre outros, enquanto que na doutrina nacional contar-se-á com o apoio indispensável de Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Luis Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes e da produção científica desenvolvida em teses e dissertações, as quais, embora não se reportando diretamente à pessoa humana investigada, abordam a questão da liberdade de informação jornalística e seus limites, bem como sobre a forma de estabelecer tais limites, sem descaracterizar a indispensável liberdade de informar e ser informado.

²⁰⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

4.3 PRINCÍPIOS, NORMAS E REGRAS JURÍDICAS

No árduo trabalho de lançar luzes sobre a colisão figurada, apresenta-se indispensável a compreensão do significado de “princípio constitucional”, o que, para ser alcançado, importa em adentrar no conceito de “Direito”, já que o princípio constitucional possui a natureza de princípio jurídico e, como tal, sustenta-se teórica e normativamente no Direito enquanto ciência e ordem jurídica. Assim, com vistas a respeitar os pressupostos metodológicos desta pesquisa, partir-se-á da ideação de princípio de direito, para só então adentrar no específico campo do Direito Constitucional, isso com o fito de alcançar de forma segura e cientificamente adequada, o conceito de princípio constitucional.

Apesar da referência à importância do entendimento do conceito de Direito, para facilitar a compreensão de princípio jurídico, resta observar que se há uma coisa que une os adeptos das mais diversas correntes teóricas, é a dificuldade em se estabelecer um conceito de Direito²⁰⁵, capaz de traduzir em sua real dimensão, qual o real significado do termo, para as ciências jurídicas, razão pela qual, com vistas a não desvirtuar o sentido deste trabalho, utilizar-se-á, aqui, um conceito vinculado com a idéia de sistema normativo, onde o Direito se apresenta como “[...] uma técnica de organização das condutas humanas que pretende conseguir seus objetivos no estabelecimento de determinados modelos ou padrões de conduta, expressados através de normas”.²⁰⁶

Entretanto, a partir da definição acima, onde o Direito aparece vinculado à idéia de Ciência Normativa, não há que se olvidar de que isso não implica em que o processo de interpretação jurídica se dê através da concepção estreita de que a norma merece aplicação apenas através de um processo lógico-racional, pois em realidade não se pode afastar o componente axiológico na interpretação da norma e tampouco do Direito, integrado que são, ambos, de conteúdo fático-valorativo.²⁰⁷

²⁰⁵ ATIENZA, Manuel. **Introducción al Derecho. Barcelona**: Editorial Barcanova, 1994, p. 3.

²⁰⁶ PECES-BARBA, Gregório; FERNANDEZ, Eusébio; y ASÍS, Rafael de. **Curso de Teoría del Derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 23.

²⁰⁷ REALE, Miguel. **Teoría tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 151.

Buscando-se um conceito inicial do que venha a ser “princípio” no campo do Direito, evidencia-se ser importante analisar os significados encontrados para o termo, isoladamente, ou seja, no contexto exógeno ao Direito, advertindo-se que o referido termo é usado de forma indistinta, pelos mais variados ramos do conhecimento humano, com destaque para a Economia, a Sociologia, a Filosofia e outros ramos, os quais se utilizam da categoria dos princípios, para estruturarem um sistema ou conjunto articulado de conhecimento acerca dos objetos cognoscíveis sujeitos a exploração na própria esfera de investigação e de especulação particular a cada uma dessas áreas do conhecimento.

Como a palavra princípio não é unívoca – muito ao contrário – para se buscar o sentido que mais se aproxime do Direito e permita a sua compreensão, no sentido jurídico, com ênfase para o Direito em geral e, em particular, no Direito Constitucional, iniciar-se-á por buscar socorro no vernáculo, apresentando as diversas variações trazidas pelo Dicionário Aurélio, que o define como sendo a origem de algo, a causa primária, o elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, como preceito, regra ou lei, como a fonte ou base de uma ação, como teorema, axiomas ou postulados, variando a classificação de acordo com o ramo do conhecimento a que se está referindo²⁰⁸, até que o saudoso dicionarista, que visando complementar os diversos significados desse termo, apresenta também os significados de “princípios”, dentre os quais se encontra aquele que melhor se amolda ao Direito: “Princípios [...] Filos. Proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado ...”²⁰⁹(sem grifo no original).

As definições que mais aproximam do Direito, são aqueles decorrentes da acepção filosófica, as quais reconhecem na palavra princípio da idéia sempre presente de “início”, de “proposição”, de “fonte” etc, o que é corroborado por Nicola Abbagnano que o apresenta como sendo o “ponto de partida e fundamento de um processo qualquer. Os dois significados ‘ponto de partida’ e ‘fundamento’ ou ‘causa’, estão

²⁰⁸ O termo é apresentado em várias acepções, em conformidade com o ramo do conhecimento a que se está fazendo alusão (Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1393).

²⁰⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1393.

estritamente ligados na noção desse termo, que foi introduzido em filosofia por Anaximandro...”²¹⁰.

Dentre as diversas correntes que se propõe a encontrar não só uma definição do que seja princípio jurídico, mas principalmente estabelecer o papel reservado a eles dentro do ordenamento jurídico, e no caso aqui presente, no ordenamento jurídico brasileiro, prefere-se aquela que sustenta que um sistema de Direito positivo não se acha integrado apenas por normas, mas também por princípios, os quais estabelecem objetivos, metas, propósitos sociais, econômicos, políticos, bem como exigências relacionadas à justiça e à equidade.²¹¹

Dentro do âmbito do Direito e em uma perspectiva do Direito Constitucional, que se amolda aos interesses deduzidos neste trabalho, pode-se conceber que os princípios constituem o elemento central da ordem jurídica, por representarem aqueles valores supremos eleitos pela comunidade²¹², podendo tanto estar institucionalizados ou normatizados, como não, mas devendo estar positivados para serem regularmente aplicados.²¹³

Falando por todos e sem dissentir das idéias aqui já expostas, o Professor José Afonso da Silva simplifica²¹⁴, afirmando que a palavra princípio não é unívoca, apresentando vários significados, mas quase todos vinculados à idéia de começo, de início, concluindo de forma basilar que “Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição [...] exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema [...]”.

Mantém-se a idéia de que dentro do pensamento jurídico contemporâneo, é pacífico reconhecer aos princípios jurídicos a posição conceitual e positiva de norma de direito, e, portanto, de norma jurídica, sendo que nesta exposição é com olhos nessa concepção que se estará fazendo referência a princípio, como detentor de

²¹⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 792.

²¹¹ ATIENZA, Manuel. **Introducción al Derecho**. Barcelona: Editorial Barcanova, 1994 p. 99.

²¹² ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 138-147.

²¹³ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 125.

²¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 84.

positividade, embora não necessariamente de institucionalidade ou normatividade e, via de consequência, de vinculatividade obrigatória e eficácia.²¹⁵

Ainda nessa linha, definido que princípio constitucional vem a ser a representação de valores superiores dentro de uma sociedade, os quais recebem positivação - através do reconhecimento por determinado Estado - e como tal passam a ter aplicação dentro do sistema jurídico e que, em relação aos princípios inseridos na Constituição, vários deles²¹⁶ - mas não todos - passaram também a ser dotados de normatividade ou institucionalidade, ao serem expressamente inseridos no texto legal, torna-se possível concluir que a norma jurídica deve ser compreendida como um gênero, do qual os princípios se apresentam como espécie não única, já que também integram a família das normas, as regras jurídicas.²¹⁷

No atual estágio do Direito verifica-se, portanto, em que os princípios são entendidos como uma espécie do gênero das normas jurídicas, constituindo a outra espécie as regras, estabelecendo-se como principal diferença entre as espécies abordadas - regras e princípios - o fato de que as primeiras caracterizam-se por ter uma estrutura lógico-deôntica constituída pela descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, ao passo em que os princípios não oferecem semelhante tratamento de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor aceito e incorporado no sistema, que por esse meio adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade".²¹⁸

Percebe-se, pois, que embora em suas origens os princípios fossem entendidos como meras normas programáticas, de caráter eminentemente político e não vinculativo, representando uma dimensão ético-valorativa de postulados de justiça que derivam de uma fonte superior, bem a gosto da doutrina jusnaturalista, passaram eles por uma segunda fase, onde foram positivados, passando a ser aplicados dentro do sistema jurídico mesmo sem necessariamente constar de um

²¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 230.

²¹⁶ Têm-se exemplo no princípio da ampla defesa, inserido no art. 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

²¹⁷ AARNIO, Aulis. (Coord). **La Normatividad del Derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17-18).

²¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Notas em Torno ao Princípio da Proporcionalidade**. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas Constitucionais**. Nos 20 Anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 249.

documento legal, ou, quando muito estando inseridos nos códigos, como fonte normativa subsidiária (“válvula de segurança”²¹⁹), até alcançarem a fase atual, onde foram institucionalizados ou normatizados, ganhando espaço na própria norma escrita, e inclusive, no que pertine àqueles que representam os valores sociais mais importantes, na própria Constituição, como consequência das idéias pós-positivistas.²²⁰

Relativamente às regras, que se constituem também em uma das espécies de norma, possuem elas a peculiaridade de serem dotadas de um grande grau de concretude e especificidade e possuem a particularidade de caberem ou não em determinada situação, ou seja, de serem ou não aplicáveis em um determinado caso específico, dando-se a aplicação quando ela é válida e, ao contrário, não se aplicando quando é inválida, em um verdadeiro “tudo ou nada”.²²¹

Nessa concepção pós-positivista é que se propõe analisar os princípios neste trabalho, aparecendo evidente que a Dignidade da Pessoa Humana é um princípio inserto na Carta Constitucional de 1988 (Art. 1º, inciso III), assim como também o são a Democracia (Art. 1º) e a Liberdade (Art. 3º, I e 5º), refletindo do primeiro as garantias do investigado quanto à preservação de seu nome e de sua imagem – e por consequência, de sua honra – e os últimos, a liberdade de comunicação ou informação, sendo todos dotados de positividade e de normatividade ou institucionalidade, como valores constitucionalmente reconhecidos e que devem ser preservados, ao máximo, por ocasião do trabalho hermenêutico voltado para a interpretação e a aplicação desses valores.

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, p. 235.

²²⁰ Ibid, p. 237.

²²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

4.4 CONSEQÜÊNCIAS DOS CONFLITOS ENTRE REGRAS E DAS COLISÖES ENTRE PRINCÍPIOS.

A classificação das normas em princípios ou regras, levada a efeito no item anterior, teve por escopo deixar claro que a colisão que se afigura como matéria desta abordagem envolve valores reconhecidos em princípios inseridos expressamente na Constituição Federal Brasileira de 1988, mais precisamente o princípio da dignidade da pessoa humana - que ampara a dignidade humana da pessoa investigada – normatizado no art. 1º, inc. III e o princípio garantidor da Liberdade – o qual tem como uma de suas variantes a liberdade de informação jornalística, sustentada normativamente no art. 5º, incisos IX e XIV, nas duas dimensões em que é abordado aqui – estando o valor Liberdade previsto no Preâmbulo e disseminado por todo o texto Constitucional, com ênfase no Art. 5º, “caput”: “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 [...]”. (sem grifo no original).

Demonstrada a situação proposta como uma colisão entre os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e o da Liberdade, têm-se que perceber que a solução a ser buscada não pode ser a mesma alvitada para as colisões entre regras jurídicas, eis que, acolhida a concepções de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, que guardam semelhanças entre si e predominam na doutrina brasileira, de ambas é possível captar que havendo antinomia entre regras, a solução passa pelo aproveitamento de uma e pelo sacrifício da outra, defendendo este último que a solução desse conflito se dá através da dimensão da validade²²², ao passo em que o primeiro aponta como principal critério de solução o da importância, que é também aceito por aquele, ambos chegando a conclusões similares, até porque também Dworkin reconhece o critério da validade.

²²² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 88.

Na visão de Robert Alexy, entre regras e princípios apresenta-se uma diferença de graduação e também qualitativa, onde em relação aos princípios, representam eles normas que prescrevem algo a ser efetivado de forma a alcançar o máximo possível, à vista das possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas no caso concreto, caracterizando-se como “mandatos de optimización” e, diante dessas suas características, os princípios podem ter os seus valores realizados proporcionalmente às condições reais e jurídicas que se encontram postos no caso concreto.²²³

Em situação diferente, na percepção do mesmo autor e também de Dworkin, as regras são normas que se encontram vinculadas à lógica do “tudo-ou-nada”, ou seja, sendo válida será integralmente aplicada e, ao contrário, sendo inválida, ao conflitar com uma regra válida, será integralmente excluída do ordenamento, donde se conclui que às regras, em caso de conflito, não se reconhece a possibilidade de aplicação gradual presente em relação aos princípios.

Enquanto a doutrina analisada aceita que conflito entre duas regras encontra solução em critérios como o da importância e da validade, onde o acolhimento de uma importa no sacrifício da outra, em um sistema de “tudo ou nada”, a mesma doutrina preconiza que a colisão entre princípios encontra solução diversa, não podendo mesmo ser solucionada mediante a aplicação dos critérios aplicáveis às regras, eis que eles terminariam por impor o reconhecimento de que, aceito um princípio, estar-se-ia afastando sempre o outro para aquele tipo de situação colidente.

A situação especial em que se encontram os princípios, decorre de sua origem, eis que se encontram no ordenamento como expressão de valores incorporados por uma determinada sociedade, ganhando “positivação” dentro do sistema e servindo de fundamento para a própria sustentação daquele determinado sistema, não se podendo conceber a sua eliminação decorrente da colisão, porque em relação aos princípios não se questiona a sua validade, mas sim e tão somente, a pertinência de sua aplicação naquele caso concreto.

²²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 43.

Assim, tendo em vista que a doutrina clássica aponta três critérios tradicionais para a solução de conflitos: cronológico, hierárquico e de especialidade²²⁴, os quais são insuficientes para a solução da colisão entre princípios, uma vez que em relação a estes não se apresenta possível traçar rigidamente suas fronteiras, de modo a evitar completamente a possibilidade de eclosão de colisões entre os princípios em casos concretos, a solução para a tensão entre tais cânones desafia o uso e uma técnica mais aberta e flexível, que possa dar conta das infinitas variáveis fáticas que ditos confrontos podem ostentar.

Essa técnica a ser apresentada não pode olvidar que os princípios não são caracterizados pela dimensão da maior importância ou da validade e invalidade, mas sim, na dimensão do peso na situação concreta em que se verifica a colisão entre os princípios, ou seja, o que ocorre é que em determinadas circunstâncias um princípio suplanta o outro, que é afastado, mas não invalidado, pois em circunstância diversa, o princípio anteriormente afastado pode vir a ser prestigiado perante aquele que na situação anterior o fizera ceder.²²⁵

Bobbio reconhece situações em que os critérios tradicionais são insuficientes para afastar a incompatibilidade entre duas normas, especificamente quando elas são contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais, e afirma que não podem ser, a um só tempo, ambas eficazes, eis que a aplicação de uma ao caso concreto exclui a aplicação da outra, mas nem por isso deixam as duas de continuarem sendo válidas.²²⁶

Conforme já demonstrado, essa característica de não reconhecer a invalidade de um princípio, faz com que ele permaneça vivo dentro do sistema e decorre da aceitação de que os princípios podem apresentar uma variação de peso em casos concretos,

²²⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste C.J. Santos, 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 92-96.

²²⁵ ALEXY, Roberty. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 88.

²²⁶ ALEXY, Roberty. **Teoria de los Derechos Fundamentales**, Trad. Castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 97-114.

quando então o de maior peso é o que prevalece, o que evidencia que a solução da colisão ocorre no campo do peso ou do valor, e não no da validade.²²⁷

Diante da colisão que neste trabalho se propõe a solucionar, necessário se faz observar que a divulgação do nome ou da imagem da pessoa humana investigada, vinculando esses caracteres da personalidade a um fato delituoso (honra), de forma a colocar em risco a Dignidade da Pessoa Humana enquanto princípio protetor fundante, poderá ou não se constituir em um valor preponderante diante da liberdade de informação jornalística, entendida como reflexo do Princípio da Liberdade – também visto como princípio fundante do ordenamento brasileiro - tudo dependendo de no caso concreto se identificar um valor ou um peso preponderante em relação ao primeiro ou ao segundo dos princípios referidos.

Na escolha do critério que permita a solução da colisão suscitada aqui, não se pode perder a noção do que já foi determinado, ou seja, de que a colisão que se dá no âmbito dos princípios e que não pode ser solucionado através dos tradicionais critérios propostos para a solução dos conflitos entre regras, porque conforme afirmado, nestas ocorre a solução do reconhecimento de invalidade de uma das regras, enquanto que em relação ao princípios, para serem classificados como tal em uma colisão concreta, terão como pressuposto a necessária validez e o caminho para a solução não passa por este campo.

Buscando socorrer-se do teórico Robert Alexy, a tarefa será menos árdua, eis que o referido professor desenvolveu em seus estudos a idéia de utilização da ponderação, como forma de equacionar qual o valor preponderante entre os princípios colidentes, valendo-se do princípio como critério a ser utilizado para alcançar ou identificar, no caso concreto, essa preponderância que vai permitir limitar um dos princípios, em favor do maior aproveitamento dos valores resguardados no que com ele colide.

Não obstante se busque na contribuição de Alexy e em particular na ponderação a forma de equacionamento do problema relativo à colisão entre o princípio da

²²⁷ ALEXY, Roberty. **Teoria de los Derechos Fundamentales**, Trad. Castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 89.

dignidade humana da pessoa investigada e o da liberdade de informação jornalística, não se adotará, como o faz o professor germânico, a expressão “máxima da proporcionalidade”, mas sim, princípio da proporcionalidade, eis que esta forma é a predominante na doutrina em geral e em particular na doutrina brasileira.²²⁸

²²⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. **Restrição de Direitos Fundamentais**. Disponível em: <www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistajf2_cap1.htm> Acesso em 09 set 2003.

5 A PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA DIRIMIR A COLISÃO APONTADA

Buscou-se, até aqui, demonstrar que a partir do problema proposto, têm-se que existe uma verdadeira tensão, no Direito Constitucional brasileiro, envolvendo a dignidade humana da pessoa investigada, por um lado, e a liberdade de informação jornalística, por outro e, como ambos constituem valores reconhecidos dentro do sistema, eis que além de positivados, encontram-se também normatizados, o exercício simultâneo de ambos apresenta-se, em diversos casos, impossível, fazendo surgir uma colisão entre esses valores deduzidos em princípios constitucionais, os quais precisam ser solucionados através de critério diferente daqueles previstos para a solução de conflito de regras.

Pela própria estrutura aberta e flexível dos princípios, que não possuem um campo de incidência rigidamente delimitado, torna-se por vezes muito árdua, senão impossível, a tarefa de estabelecer “a priori” as fronteiras dos seus âmbitos normativos com seus congêneres. Por isto, a acomodação das tensões entre os princípios constitucionais nem sempre se exaure na tarefa de demarcação dos respectivos limites imanentes. Em muitos casos, o intérprete constatará que certas situações jurídicas mobilizam concomitantemente a incidência de vários princípios, cada um se inclinando para uma direção diferente, lembrando-se que as situações deste gênero podem ser resolvidas através dos critérios tradicionais de solução de antinomias.

A ponderação de bens ou valores é apresentada como um eficiente critério ou método de solução dos conflitos entre os diversos princípios constitucionais, sobretudo nas constituições compromissárias, que abrigam normas jurídicas derivadas de matizes ideológicos antagônicos, que, ao incidir sobre casos concretos, podem indicar soluções diametralmente opostas, aflorando então a riqueza desse método e as suas potencialidades como mecanismo catalisador do pluralismo jurídico na dimensão constitucional.

A ponderação consiste na atividade desenvolvida pela intérprete, que se depara com uma colisão entre princípios constitucionais, desenvolve uma análise sobre os valores que inspiram cada um daqueles princípios, procurando identificar, no caso concreto, qual deles possui mais relevância, dispondo-se a afastar a aplicação do outro naquele caso, sacrificando-o, entretanto, nos limites do extremamente necessário.

Trata-se de um critério ou método reiteradamente utilizado nos Tribunal Constitucional da Alemanha, há décadas, e que obteve o reconhecimento de teóricos do quilate de LARENZ, ALEXY e DWORKIN, como fórmula de solução para a colisão entre princípios, diante da notória insuficiência dos critérios tradicionais – hierárquico, cronológico e especialidade -, os quais conduzem ao resultado que radica no “tudo ou nada”, não permitindo o aproveitamento parcial de cada um dos valores insertos nos princípios colidentes e tampouco o afastamento sem reconhecimento de invalidade, características típicas do conflito entre regras, estas sim, sujeitas a solução por meio daqueles critérios tradicionais.

O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido á luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. É a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância à suas dimensões fáticas, equacionando-os a partir da aplicação do critério introduzido pelo princípio da proporcionalidade.

A ponderação de valores consiste, pois, em uma técnica racional, que passa pela identificação do “núcleo essencial” de cada um dos princípios em colisão, associando-o ao valor constitucional que o protege – os respectivos princípios – partindo em seguida para a tarefa de determinar qual o campo de incidência de cada um desses princípios, para então concluir se a pretensão das partes cujos direitos colidem, está ou não abrangida naquele âmbito, afastando ou deixando sem aplicação o excesso contido em algum deles, na medida em que esse afastamento seja efetivamente necessário e até mesmo inevitável.

Nessa técnica de equacionamento, torna-se indispensável a utilização do princípio da proporcionalidade, com vistas a identificar, perante as condições fáticas concretas, qual o valor efetivamente preponderante e também, como salvaguardar esse que se apresenta mais significativo, sem que isso importe em um sacrifício demasiado ou desnecessário do outro valor, alcançando-se o resultado mais justo, já que a própria idéia de ponderação esteve, ao longo do tempo, visceralmente ligada à noção de justiça, como faz lembrar a simbologia da deusa, com os olhos vendados, carregando uma balança para pesar e comparar os direitos, valores e interesses.²²⁹

A ponderação de valores guarda semelhanças com o princípio de hermenêutica constitucional da “concordância prática”, o qual impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros, ou, na judiciosa visão de Manoel Messias Peixinho²³⁰, a finalidade precípua desse princípio é “[...] a preservação harmoniosa dos direitos fundamentais, tendo em vista o conflito com outros [...] de tal maneira que se equilibrem direitos e garantias [...]”.

Ao realizar a ponderação, deve-se, em um primeiro momento, verificar se o caso concreto está efetivamente compreendido na esfera de proteção de mais de um princípio, o que pode ser feito através da interpretação dos cânones em jogo. Caso se constate que a hipótese realmente é tutelada por mais de um princípio, passa-se a fase ulterior, da ponderação propriamente dita e então, à luz das circunstâncias concretas, impõe “compressões” recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada bem seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro.

O nível de restrição de cada bem jurídico será inversamente proporcional ao peso que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico

²²⁹ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 19.

²³⁰ PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 88.

concorrente²³¹, concluindo-se que a solução do conflito terá de ser casuística, pois estará condicionada pelo modo com que se apresentarem os valores em disputa, e pelas alternativas pragmáticas viáveis para o equacionamento do problema, razões tais que demonstram que a ponderação de valores não pode ser controlada exclusivamente mediante o uso de critérios de lógica formal, pois o que impera neste domínio é a “lógica do proporcional”.

A ponderação se apresenta como critério racional, podendo ser fundamentados os enunciados que fixam as condições de preferência de um princípio em relação ao outro, consistindo essa fundamentação na regra da ponderação, através da qual a afetação de um princípio só é justificável pelo grau de importância da satisfação de outro princípio oposto, denominando-se esta regra de “Lei da ponderação”, que é assim explicada: “quanto maior é o grau de não satisfação ou da afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.²³²

Esse princípio permite uma certa penetração no mérito do ato normativo, para aferição da sua razoabilidade e racionalidade, através da verificação da relação custo-benefício da norma jurídica, e da análise da adequação entre o seu conteúdo e a finalidade por ela perseguida. Destaque-se que tais conceitos repercutem sobre os ordenamentos jurídicos atentos à constante busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos.²³³

Assim, a ponderação de valores não deve ser orientada em uma única direção, dependendo sempre da análise do caso concreto, pois é justamente sob a égide do princípio da proporcionalidade e de sua variante – razoabilidade - que devem ser realizadas todas as restrições recíprocas entre os princípios constitucionais, na ponderação de valores.

Para que se atenda à proposta de aplicação do princípio da Proporcionalidade, na solução de colisão entre normas e, em particular, albergando esta norma um valor

²³¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Trad. Castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 161.

²³² Ibid, 162.

²³³ BARROSO, Luís Roberto. **Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. SOARES, José Ronaldo Cavalcante (org.). **Estudos de Direito Constitucional**. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Ltr, 2001, p. 324.

essencial que lhe dê a qualidade de princípio do ordenamento, dever-se-á, a um só tempo, alcançar os fins a que ela se destina, atuar de forma a que o resultado seja o menos gravoso possível para que se logrem tais fins, e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade é passível de divisão em três subprincípios: (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas tenham aptidão para conduzir aos resultados almejados pelo legislador; (b) da necessidade, que impõe ao legislador que, entre vários meios aptos a atingir determinados fins, opte sempre pelo menos gravoso; (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza a ponderação entre os efeitos positivos da norma e os ônus que ela acarreta aos seus destinatários.²³⁴

Percebe-se que, no Brasil, o tema da ponderação de bens é quase desconhecido para a doutrina constitucional tradicional, assim como na jurisprudência pré-Constituição Cidadã, isso como decorrência do pensamento jurídico positivista que inspirou as Escolas de Direito de nosso País e que sempre foi refratário à idéia de conflitos normativos no seio da Constituição, predominando o entendimento da viabilidade da harmonização de todas as normas constitucionais, através da exegese sistemática, com vistas a evitar a abertura para a utilização de métodos que importassem em risco para a segurança jurídica.

Essa rígida postura positivista que fincou sólidas raízes em solo brasileiro durante a segunda parte do Século XIX e por praticamente todo o século seguinte, atravancou o desenvolvimento da ponderação, porque esta não se enquadrava em seus postulados, que decorriam de sua teoria onde a tarefa de aplicação do Direito reduz-se ao silogismo, representando a norma e a premissa maior, o fato a premissa menor, e a decisão a conclusão, restando reduzida em grande grau a importância da atividade interpretativa dos Juízes.²³⁵

Entretanto, com a abertura política e o desenvolvimento das Universidades, tornou-se possível a formação de uma nova doutrina brasileira, avessa ao rigoroso apego aos postulados do formalismo, percebendo que a análise da dinâmica que envolve a

²³⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 586.

²³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. trad. José Cretela Jr.; Agnes Cretela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 116.

atividade interpretativa do Direito, mormente a do sistema judicial, não pode olvidar o Direito se destina à regência da vida humana em comunidade, não podendo ser tratado como uma ciência exata, não se reserve qualquer espaço à atividade criativa do julgador, às luz dos valores que orientam o ordenamento.²³⁶

Dentro dessa nova perspectiva de metodologia interpretativa, que importa em reconhecer que a Constituição Federal, embora sem perder a sua unidade, pode propiciar situações onde os seus princípios, pelo menos aparentemente, amparem direitos antagônicos, tem sido vislumbrada pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro por ocasião do enfrentamento de questões diversas, com ênfase para aquelas relacionadas com a produção de prova, onde de um lado se encontra a segurança social – que se expressa pela busca da verdade real e pela descoberta e punição do infrator da norma penal – e, de outro, os direitos relacionados com a intimidade e a liberdade pessoal do investigado.

Nesses casos de tensão entre direitos constitucionalmente protegidos, presentes em situações como aquelas em que a prova é produzida com escuta telefônica indevida, com a coleta de material para DNA não autorizada etc, o Supremo Tribunal Federal tem deixado patente a sua preferência pela proteção dos direitos fundamentais individuais da pessoa investigada, em detrimento da proteção social ou coletiva, não raro com apoio na proporcionalidade²³⁷, mas não em favor do Estado ou da Sociedade.

Necessária se faz, entretanto, extrema cautela por parte do Judiciário no exercício da ponderação de bens, para que tal técnica não se torne um instrumento de imposição da ideologia pessoal do julgador. Esse risco diminui significativamente na medida em que se observe, cabalmente, a exigência de fundamentação do ato judicial, expressa no artigo 93, inciso IX, da Constituição vigente²³⁸, que garante a transparência e o controle social sobre as decisões judiciais, possibilitando que não se prescindia desse instrumento tão importante para a solução das colisões

²³⁶ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 20-23.

²³⁷ Supremo Tribunal Federal. HC 76060/SC. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Publ. DJU 15 mai 1998, p. 44.

²³⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 182-183.

encontradas no seio constitucional, mormente quando se refiram a aplicação de princípios, em face de sua abstração e importância.

Assim, atento não só aos riscos que cercam a aplicação da ponderação como critério interpretativo, bem como às críticas formulados contra ele, percebe-se que a tônica aqui presente é realmente a fundamentação da decisão, até porque, na interpretação e aplicação das normas, mesmo não se aplicando o critério em questão, também não há certeza de que não haja juízos subjetivos e não racionais, a não ser pela imposição do dever de fundamentar.²³⁹

Cabe observar que a doutrina acerca da aplicação da ponderação de valores, a par de reconhecer a necessidade de se identificar o “núcleo essencial” dos direitos fundamentais em colisão, se divide em duas correntes em relação ao alcance desse núcleo, a daqueles que sustentam que o conteúdo essencial deve ser delimitado abstratamente, não podendo seus limites serem ultrapassados em nenhuma hipótese - chamada de teoria absoluta - e a daqueles que sustentam, que o “núcleo essencial” só pode ser delineado à luz do caso concreto, reconduzindo a sua proteção ao próprio princípio da proporcionalidade – denominada de teoria relativa -, aparecendo como representantes da primeira J.J. Gomes Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade, e da segunda - a qual obteve a preferência metodológica neste trabalho – Robert Alexy e Peter Häberle.²⁴⁰

A preferência pela corrente da teoria relativa decorre de sua maior flexibilidade, o que permite evitar o sacrifício integral daquele princípio que no caso concreto apresentar-se com menor valoração, possibilitando, v.g. que em situações como a de colisão entre a pretensão de divulgação de uma matéria jornalística imputando a uma pessoa investigada em inquérito policial a prática de um crime e divulgando a sua imagem e seu nome, seja possível concluir pela proibição da divulgação dos dados vinculados com a personalidade do investigado, mas considere-se legítima a divulgação do fato, com todas as demais circunstâncias.

²³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**, Trad. Castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 157-169.

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p.112.

5.1 ORIGEM DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

A matriz da proporcionalidade remete-se à Antigüidade clássica, período em que gregos e romanos atribuíram ao Direito uma concepção utilitarista. Para os gregos, a “última ratio” era o bem-estar dos indivíduos em sociedade. Já os romanos utilizavam-se da “utilitas publica” para fundamentar intervenções do Estado na vida privada. A idéia de proporcionalidade permaneceu impregnada, também, em todo pensamento jurídico filosófico, como em Aristóteles, Dante, Hugo Grócio, Bentham e outros. Entretanto, somente no século XIX o referido termo veio a ganhar expressão, especialmente no Direito Administrativo, ao tratar da limitação da liberdade em virtude do poder de polícia, em que se deve medir a força necessária e exigível para a consecução da finalidade.²⁴¹

Com o passar do tempo o princípio se transformou, tornando-se mais claro e preciso, uma vez que enriquecido com elementos retirados dos ideais racionalistas, cuja evolução permitiu o destaque hoje experimentado, onde o princípio já goza de considerável base científica, mormente a partir do momento em que a Corte Constitucional Federal alemã, numa decisão de 1971, sobre armazenagem de petróleo²⁴², estabeleceu dois elementos básicos como caracterizadores da proporcionalidade: a exigibilidade e a adequação, ou seja, qualquer lei restritiva de direitos, garantias e liberdades, deve ser apropriada, necessária e com justa medida.²⁴³

Partindo-se dessa premissa, a idéia de proporcionalidade ganhou maior ênfase, passando a ser utilizada nos mais diversos ramos do Direito, como elemento de interpretação e aplicação e, mesmo não estando expressamente presente no Direito Brasileiro, ou seja, apesar da ausência de uma referência expressa no texto constitucional Pátrio, a doutrina concebe a sua existência como princípio inserido

²⁴¹ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 58-60.

²⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 372.

AVÓLIO, Luiz Francisco. **Provas Ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 60-61.

implicitamente no ordenamento jurídico, trabalhando-o a partir da concepção germânica.

5.1.1 O Princípio da Proporcionalidade e a sua Positivação no Ordenamento Constitucional Brasileiro.

Neste início da análise do princípio da proporcionalidade no Ordenamento Constitucional Brasileiro e de sua aplicabilidade à interpretação dos direitos fundamentais, necessário se faz lembrar que a constitucionalização desses valores, de “per se”, já se constituiu em evidente avanço na busca pela preservação dos direitos humanos e, não é aceitável que na interpretação e aplicação do direito dessa índole, se dê, aleatoriamente, um peso superior e absoluto de um direito em relação aos demais da mesma espécie, sob pena de importar em sacrifício às vezes não aceitável e necessário, o que deverá ser aferido e ponderado, caso a caso, com o auxílio da proporcionalidade.

Percebe-se que o Direito brasileiro, com o advento da Carta Constitucional de 1988, fez uma opção por adotar uma base principiológica, caracterizada por uma evidente preferência pelos princípios em relação aos dogmas legais tão valorizados pelo positivismo em suas diversas formas, não havendo mais espaço para a doutrina reducionista que vê a atividade do intérprete apenas a de dar vida à letra pura da lei, para negar ou reconhecer a existência de um determinado direito.

A Carta Política Brasileira não contém previsão expressa acerca do princípio da proporcionalidade, ao contrário de sua maior fonte inspiradora, a constituição portuguesa, na qual esse princípio acha-se inserido no artigo 18, n. 2, que dispõe: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.²⁴⁴

²⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Portuguesa**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1987.

A falta dessa previsão expressa não tem se constituído em óbice ao diuturno reconhecimento do princípio da proporcionalidade, quer no campo doutrinário, quer no jurisprudencial, eis que ele consiste em uma imposição presente em qualquer sistema constitucional lastreado em garantias fundamentais, caracterizadoras de uma constituição típica de um Estado de Direito Democrático.²⁴⁵

Em pertinente abordagem sobre o tema, o jurista Willis Santiago Guerra Filho²⁴⁶, após criticar o legislador Brasileiro por não aderir ao modelo português e inserir expressamente o princípio da proporcionalidade na Constituição Pátria, afirma que: “A circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição [...] não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no § 2º do art. 5º [...]”, e conclui por entender que o referido princípio acha-se associado diretamente ao princípio da isonomia.²⁴⁷

Já Clèmerson Merlin Clève²⁴⁸, entendendo também que o princípio da proporcionalidade encontra-se implicitamente inserido na Constituição Federal de 1988, enxerga-o como derivação do Estado de Direito, mas não só isso, eis que afirma que o princípio em questão “[...] confunde-se com o princípio do devido processo legal substancial, previsto no art. 5º, LIV, segundo o qual ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’”.

Refletindo o sucesso alcançado no direito comparado e a sua aceitação no Direito Pátrio, o princípio ganhou aplicação e notoriedade no direito brasileiro por intermédio da doutrina administrativista, ao tratar dos limites do poder de polícia, enunciando que a administração pública deve exercer suas atividades na extensão e intensidade proporcionais ao alcance do interesse público, sendo que os direitos individuais estão assegurados e condicionados ao bem estar social, podendo ser reduzidas quando em conflito com interesses maiores da coletividade.

²⁴⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

²⁴⁶ GERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 64-65.

²⁴⁷ Ibid, p. 64-65.

²⁴⁸ GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (Coord). **Estudos de Direito Constitucional – em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 240.

A partir de sua aplicação no Direito Administrativo e também no Penal, a proporcionalidade passou a influenciar, embora de forma tímida, a aplicação dos direitos fundamentais relacionados ao devido processo legal, particularmente no Processo Penal²⁴⁹, onde se evidencia a importância do tema no tocante à matéria de provas, levando Érico Bergmann a salientar que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, permitindo ao julgador cotejar a aceitação pura e simples das garantias constitucionais, e, se necessário, sacrificar algum valor esculpido na Constituição para escolher o caminho mais justo e buscar o apanágio da justiça, afirmando: “Ademais, pode ocorrer que o propósito constitucional de proteger determinados direitos fundamentais deva ceder naquelas hipóteses em que sua observância intransigente levaria à lesão de um outro direito fundamental ainda mais valorado”.²⁵⁰ Não obstante, oportunamente ele adverte: “A palavra chave da proporcionalidade como equilíbrio do Estado-Direito é sintomático: uma aplicação irrefletida, ampla demais, deste princípio, entendida erroneamente, pode criar norma e tornar sem efeito normas jurídicas escritas”.²⁵¹

Percebe-se uma tendência majoritária na doutrina brasileira, em sufragar o entendimento de que embora não haja efetiva e cabalmente expressa a previsão do princípio da proporcionalidade na Constituição da República Federal Brasileira de 1988, ele se apresenta como uma decorrência natural do próprio Estado de Direito²⁵², o qual, na aplicação das normas que regem a convivência social deve observar em que limites estas normas serão aplicadas, com vistas a não retirar o mínimo de dignidade necessário a cada um de seus integrantes²⁵³, mas não encontra respaldo somente nele, estando ancorado em outros princípios, quais sejam, no princípio da legalidade, no do devido processo legal, e até mesmo a norma inserta no art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que estabelece a existência de outros direitos fundamentais não expressos no texto da Constituição, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

²⁴⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001, p. 295.

²⁵⁰ BERGMANN, Érico R. **Prova Ilícita**. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público/Associação do Ministério Público, 1992, p. 81.

²⁵¹ *Ibid*, p. 82.

²⁵² SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Del Rey, 2003, p. 62.

²⁵³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 58-72.

Pode-se afirmar, de acordo com a doutrina pátria, que o princípio da proporcionalidade acha-se efetivamente inserido no ordenamento Constitucional brasileiro, mas, em consequência da idéia acolhida neste trabalho, onde o Direito é concebido como não só de normas positivadas e institucionalizadas, mas também de princípios que informam o ordenamento, mesmo que se entenda não estar ele diretamente escrito e institucionalizado, faz parte da cultura jurídica constitucional e, em decorrência disso, é inegável a sua positivação, como princípio cuja aplicação é aceita e necessária para regular e dimensionar os efeitos dos direitos fundamentais inseridos no texto Constitucional, funcionando, assim, como um princípio ordenador do Sistema Constitucional.

Como princípio ordenador do Sistema Constitucional, o princípio da proporcionalidade exerce uma função indispensável, no sentido de regular os limites de atuação e aplicação dos valores inseridos nos demais princípios reconhecidos na Constituição e esse é o papel reservado para ele, quando surge uma colisão entre esses valores, como no caso proposto nesta pesquisa, onde se depara com a necessidade de assegurar, no maior grau possível, o Princípio da Dignidade Humana (dignidade da pessoa investigada) e, a um só tempo, necessário se faz também assegurar na maior intensidade possível o Princípio da Liberdade (exercício da liberdade de informação jornalística).

Aqui entra a proporcionalidade como o meio de aferir e ponderar, no caso concreto, quando se deve considerar mais relevante o valor ínsita na proteção da dignidade da pessoa humana investigada e quando, ao contrário, o valor que deve obter a preferência é a Liberdade, como direito à liberdade de informação jornalística. Mas, aí surge a questão da efetivação dessa aferição de proporcionalidade, eis que alguém deve ser incumbido dessa difícil missão de proceder a essa ponderação, na hipótese de que haja a iminência da colisão entre os direitos retromencionados.

Surgindo a colisão e sendo apresentada ao Poder Judiciário, por qualquer das partes que se sentir prejudicada, caberá então àquele Poder, no exercício de sua função jurisdicional, assumir essa tarefa de ponderar, no caso concreto, a partir da análise proporcional, até que ponto cada um dos direitos fundamentais deve ser

efetivamente realizado e at é que ponto essa realização deve ser obstada, com vistas a garantir uma maior efetivação do valor preponderante naquela situação.

5.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE PONDERAÇÃO DA COLISÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE

Relembra-se, forma concisa, a principal conclusão do raciocínio desenvolvido nos capítulos anteriores, que consiste na descoberta de que a proteção ao nome, à imagem e à honra do investigado em procedimento extrajudicial de natureza pré-processual, reflete a proteção de direitos da personalidade, os quais, contextualizados dentro do tema proposto na pesquisa ora desenvolvida, redundam em proteger um valor maior - a Dignidade da Pessoa Humana- que por sua vez acha-se institucionalizada como Princípio Orientador do Ordenamento Constitucional Brasileiro.

Por outro lado, visando a propiciar o maior grau possível de informação à Sociedade e aos indivíduos, o Constituinte Brasileiro de 1988 reconheceu e institucionalizou, também, a Liberdade como Princípio Orientador do Ordenamento Constitucional Brasileiro, mas atento a que nenhum dos valores institucionalizados possui um peso absoluto e relação aos demais, o legislador teve o zelo de reconhecer a liberdade de informação jornalística em suas várias formas, mas ressaltando expressamente que o seu exercício encontrava limites naqueles valores representativos da existência digna do ser humano, conforme deflui da análise do § 1º do art. 221 da Carta Política vigente, que dispõe: “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.²⁵⁴

²⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

Têm-se então, que não pretendeu o constituinte introduzir no sistema brasileiro uma liberdade de informação jornalística que passasse ao largo daqueles direitos da personalidade por ele também positivados em nível constitucional. Dá-se a tal fenômeno da denominação de reserva legal qualificada, por meio do qual o legislador constituinte, ao tempo que estabeleceu o direito fundamental de comunicação e expressão, impôs que o seu exercício e a sua fixação por lei infraconstitucional estivessem condicionados pelo respeito à esfera de intimidade e honra da pessoa humana.²⁵⁵

A partir dessa percepção, se tem que – em regra – não estão os meios de comunicação social e da mesma forma os profissionais da referida área, autorizados a invadir de forma indiscriminada a esfera de privacidade da pessoa humana investigada, para expor o seu nome, a sua imagem e a sua honra, sem que essa exposição se demonstre necessária e relevante, para o interesse público.

Essa autorização somente pode ser concebida em caráter de exceção – não sendo autorizada por mero capricho ou para atender aos interesses econômicos ou de audiência e de fama dos expositores - cabendo identificar em quais situações seria lícito reconhecer a presença da justificativa para a exposição da pessoa humana investigada, elegendo-se como agente propiciador desse norte científico, o princípio da proporcionalidade – *verhältnismässigkeitsprinzip* -, de larga utilização como elemento de racionalidade em vários ramos do Direito Brasileiro, com ênfase no Direito Administrativo e no Penal, mas cujas raízes mais profundas foram plantadas na jurisprudência Alemã.

Na identificação de qual o princípio que deve preponderar, quando presente estiver o entrelaque entre o Princípio da Liberdade (no aspecto liberdade de informação jornalística), de um lado, e do outro, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (sob o aspecto da dignidade da pessoa humana investigada na fase pré-processual), apresenta-se relevante a identificação da existência, ou não, de um relevante interesse público em relação à divulgação dos dados relacionados com o nome e

²⁵⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. In: CALMON, Eliana ; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). **Os Direitos da Personalidade e a Liberdade de Informação: Direito Processual (Inovações e Perspectivas)** estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 160.

com a imagem do investigado, dado este que será alcançado, também, com o auxílio da proporcionalidade aplicada ao caso concreto, como critério de orientação na escolha do princípio preponderante.

Perceba-se que não se está a sustentar, como o faz principalmente a doutrina do direito privado, quando do trato da mesma questão da colisão, mas sob a égide do direito privado e das repercussões na seara do dano moral, que a notoriedade pública da pessoa estaria autorizando, em várias situações, a invasão de sua privacidade ou mesmo que o só fato de a pessoa exercer função pública, autorizaria a quebra de sua privacidade.

Não se trata efetivamente desse enfoque, o que se procura afirmar é que em certas situações poderá estar presente o relevante interesse público, na quebra dos valores que envolvem o nome e a imagem do investigado, mesmo comprometendo a sua honra e a sua dignidade como pessoa humana, adotando-se aqui os postulados do Estado Social, em detrimento da ideologia que orientou o individualismo do Estado Liberal²⁵⁶, tão em voga durante o final do Século XVIII e praticamente todo o Século XIX e que continuou exalando os seus efeitos durante o Século XX, enfraquecendo-se a partir de sua segunda metade, mas nem por isso deixando de estar presente neste limiar do Século XXI, principalmente por força do neoliberalismo.²⁵⁷

Exatamente pela superação dos postulados individualistas e pelo fortalecimento da ideologia das ações afirmativas por parte do Estado, típica do modelo de Estado social e incentivador da fraternidade, impõe-se que nas relações entre os indivíduos não haja a imposição da vontade de um sobre o outro, sobretudo a do mais poderoso sobre a do hipossuficiente, em afronta aos direitos fundamentais, entendidos estes naquela feliz concepção do conceito apresentado por Marcelo Campos Galuppo: “[...] Direitos Fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático”.²⁵⁸

²⁵⁶ WEIS, Carlos. **Os Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

²⁵⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 119-120.

²⁵⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são Direitos Fundamentais?**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 236.

Sustenta-se, assim, que há situações as quais merecem especial enfoque, por dizerem respeito diretamente ao interesse público ou social em que haja a divulgação de dados que permitam a imediata identificação e quiçá a captura do investigado, dentre elas avultando a situação daquele que empreende fuga ou adota uma conduta que indique a real possibilidade de reiteração da prática infracional, com potencial risco para a paz e a segurança públicas. Dentre essas situações encontra-se a prática comum de os meios de comunicação, na maioria das vezes com a participação direta da Autoridade Policial encarregada das investigações, divulgarem o nome e o “retrato falado” do investigado, ou mesmo a sua fotografia, com o objetivo de propiciar a sua localização e captura.

Essa é uma situação típica onde a melhor solução se encontra na aplicação da ponderação de valores, através critério exalado do princípio da proporcionalidade, como forma de definição do bem jurídico que deve preponderar, se a proteção da honra, refletida através do nome da imagem vinculados a um fato caracterizar infração de natureza penal e, por via de consequência, a própria garantia da personalidade como um reflexo da dignidade humana daquele investigado, ou, a liberdade de informação jornalística, exercida neste caso com o objetivo precípua de bem informar à sociedade sobre os riscos que cada um de seus membros estaria correndo em face de o investigado encontrar-se solto; ou mesmo da desmoralização do sistema judiciário estatal em face de um remisso em cumprir as normas sociais se esquivar de submeter-se ao procedimento estatal legalmente criado para investigar a sua conduta.

A depender da modalidade do ato criminal imputado ao investigado e principalmente se o seu perfil for de pessoa tendenciosa à reincidência, poder-se-á vislumbrar a presença de risco para os mais diversos direitos públicos garantidos na Constituição Federal Brasileira de 1988, como o direito à vida – no caso de infrator penal que tenha praticado crime contra a vida e que tenha perfil de “serial killer” - à liberdade dos demais membros da sociedade – no caso de infração penal contra a liberdade individual – à segurança social – na hipótese de investigado dotado de periculosidade e que possa reincidir – e mesmo à propriedade – em se tratando de infração penal que atente contra o patrimônio e que indique probabilidade de

reiteração -, como v.g. no caso de um estelionatário que estivesse aplicando vários golpes e tivesse seus dados identificativos divulgados, para alertar a população.

Estes direitos encontram-se todos amparados no caput do artigo 5º da referida Carta Política vigente, que assim dispõe: “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 [...]”.(sem grifos no original), razão pela qual, em situações tais, merece ser ponderado que o próprio investigado, ao empreender fuga, dificultou o cumprimento das diligências preconizadas na Lei Processual Penal Brasileira, visando à apuração do fato com os seus pormenores, bem como a indicação do autor, dando causa ao surgimento de justa causa para o afastamento daqueles seus direitos da personalidade, nos limites que se fizerem estritamente necessário, e propiciando a legítima divulgação dos seus dados identificadores, bem como do próprio fato, mesmo que desonroso.

A situação guarda similitude com a autorização de prisão cautelar, na modalidade de prisão preventiva, cujos requisitos ou fundamentos encontram-se elencados principalmente no artigo 312 do Código de Processo Penal²⁵⁹, pois em ambas as situações é possível perceber que somente se justificam essas medidas excepcionais, quando houver risco para o desenvolvimento regular das investigações – que no caso dar-se-ia para “assegurar a aplicação da lei penal” na hipótese de fuga ou ainda como “garantia da ordem pública ou da ordem econômica” – quando então a divulgação dos dados identificadores do investigado, atrelados ao fato capaz de denegrir a sua honra, estariam com a divulgação amparada, como forma de impedir a reincidência ou a desmoralização do sistema policial e judiciário, com efetivo risco para a manutenção da paz e da segurança sociais.²⁶⁰

Entretanto, merece destaque especial para a necessidade da presença daqueles elementos que se encontram consignados como “requisitos” para que a medida seja autorizada, na parte final do já mencionado artigo 312, ou seja, que se façam

²⁵⁹ **Decreto-Lei** nº 3.689, de 3-10-1941, Art. 312.

²⁶⁰ Em que pede esta abordagem ser de natureza eminentemente constitucional, em reforço aos argumentos aqui expendidos, têm-se a disposição contida no art. 20 do novo Código Civil Brasileiro.

presentes, com vistas a afastar os direitos da personalidade do investigado e a possibilitar a primazia da liberdade de comunicação, quais sejam, a “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, a exemplo do que se exige para a decretação da prisão preventiva e também das demais prisões de natureza cautelar penal, com exceção da prisão temporária²⁶¹, que possui requisitos mais flexíveis.

Presentes os elementos caracterizadores do interesse da ordem pública na divulgação dos dados identificadores do investigado, decorrentes principalmente do “*fumus comissi delicti*” e do “*periculum libertatis*”, justifica-se o afastamento do valor que envolve os direitos da personalidade do indivíduo investigado, mesmo que identificados com a própria Dignidade da Pessoa Humana, em face da presença de um valor, que no caso concreto é preponderante, dizendo respeito ao interesse público ou social na prisão e na precaução contra a sua atuação criminosa, que não for efetivada colocará em potencial risco valores da mesma estatura Constitucional, de uma coletividade.²⁶²

Observando-se, então, os requisitos e fundamentos retromencionados, estará justificada, em caráter excepcional, assim como também o é na decretação da prisão preventiva, a divulgação do nome ou da imagem do investigado, vinculados ao fato de natureza criminal, desde que adotadas as cautelas pertinentes, no sentido de que a divulgação contemple apenas os dados indispensáveis à localização do investigado foragido ou que esteja colocando em risco a paz e a segurança social, diante da real possibilidade de reincidência, isso porque o próprio investigado deu causa, opondo obstáculos ilegais ao regular desenvolvimento da investigação estatal sobre o fato que lhe é imputado e ao dever de o Estado manter a segurança e os demais direitos inerentes à cidadania dos outros membros da sociedade, não se podendo conferir um valor absoluto mesmo ao princípio da dignidade da pessoa humana, que nesse caso se faz refletir através dos mencionados direitos da personalidade, pois esse inflexível reconhecimento importaria em afrontar direitos de igual valor, pertencentes a toda uma coletividade, havendo, portanto, preponderância destes sobre o direito individual do investigado.

²⁶¹ Lei 7.960, de 21/12/1989.

²⁶² BONJARDIM, Estela Cristina. **O Acusado, Sua Imagem e a Mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 45-46.

Sem pretender abandonar o enfoque eminentemente constitucional na análise do tema aqui proposto, mas em decorrência de sua importância para o ordenamento jurídico pátrio e também por se tratar de uma norma posterior ao advento da Constituição de 1988, merece-se destacar que o Código Civil atual, ao dispor sobre as restrições à divulgação de aspectos da personalidade não autorizados pelo titular, excepcionou expressamente os casos em que essa divulgação seja necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.²⁶³

Na abordagem do tema relativo à ponderação e dentro da idéia de interesse público da matéria ser publica e sem perder de vista a origem alemã desse critério, surge a imperiosa necessidade de fazer referência a uma decisão da Corte Constitucional daquele país, o “caso Lebach”, onde se questionava o direito de comunicação, sob a égide de uma emissora de televisão, que pretendia exibir um documentário acerca do assassinato dos soldados de Lebach, em circunstâncias que haviam chocado o país. Um dos apenados pelo envolvimento no crime, e que se encontrava prestes a ser colocado em liberdade, em decorrência do cumprimento da pena, houve por bem se insurgir contra a exibição do documentário, sob a alegação de que ele violaria o seu direito à honra e à privacidade, dificultando, ainda, a sua almejada ressocialização.

Após ter sofrido reiteradas derrotas nas instâncias inferiores, o referido condenado obteve êxito na Corte Constitucional Federal alemã, a qual acolheu a tese por ele sustentada, tomando por base, em seu acórdão, a necessidade de apreciar, naquele caso concreto, qual o interesse daquela informação para a opinião pública, em um juízo de ponderação e proporcionalidade, capaz de, diante do interesse da emissora de televisão e o da pessoa humana que teria sua imagem devassada, permitir a identificação do valor preponderante, dispondo que:

[...] Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade.[...] A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade.[...].²⁶⁴

²⁶³ Lei 10.406/2002. Art. 20.

²⁶⁴ BVerfGE 35, 202 . Apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 91-92.

5.3 A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO, PARA A SOLUÇÃO DA COLISÃO

Analisar-se-á, neste item, a possibilidade de intervenção Estatal, através do Poder Judiciário, para solucionar o conflito entre a liberdade de informação jornalística e a dignidade da pessoa humana investigada, enfrentando dois argumentos em sentido contrário, o primeiro consistindo em considerar que ao Judiciário falece legitimidade para decidir questão inerente à liberdade de imprensa em suas várias acepções, porque ele enquanto Poder do Estado está sujeito a fiscalização por parte dos órgãos de comunicação; enquanto que o segundo argumento abordado é o de que a liberdade de comunicação se traduz em um direito absoluto, não estando sujeito a qualquer limitação, principalmente antes da divulgação da matéria – que sempre poderia ser divulgada, sujeitando-se, em caso de excesso, à indenização por dano material ou moral, prevista na parte final do inciso X, do art. 5º da Constituição Federal.

Essa última corrente teórica se lastreia na doutrina formada nos Estados Unidos da América, com Hamilton, a qual tem influenciado inclusive a jurisprudência da Suprema Corte daquele País, conforme informa o professor Argentino Juan Antônio Travieso, que após esclarecer que desde a ratificação do protocolo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos por seu País, há uma aplicação crescente dos Direitos Humanos nas decisões relativas aos conflitos entre liberdade de comunicação e direitos da personalidade, lamenta que, em passado recente, a jurisprudência retrocedesse, adotando uma posição conservadora e desconsiderando o postulado de prevalência dos Direitos Humanos.²⁶⁵

²⁶⁵ TRAVIESO, Juan Antonio. **Derechos Humanos Y Derecho Internacional**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 1966, p. 165-166.

Entretanto, conforme salienta o renomado professor portenho, reportando-se a diversos casos, tem havido uma evolução de mentalidade em seu país, no sentido de fazer valer, no caso concreto, o respeito aos direitos humanos prevalentes, havendo um notório afastamento da doutrina de “Hamilton” e fazendo-se uma nova leitura desse tipo de colisão entre direitos fundamentais e reconhecendo, em caso de abuso, a prevalência do valor dignidade da pessoa humana.²⁶⁶

Há que se notar, no trato dessas relevantes questões, que incumbe ao ordenamento jurídico outorgar a mais ampla tutela possível à pessoa a fim de possibilitar-lhe a incolumidade dos direitos ínsitos à sua personalidade. E, evidentemente, o direito à honra e à imagem estão aí compreendidos. Se algum desses direitos foi violado, sua integridade há de ser restaurada através de instrumentos repressivos à ação violada, o que não afasta a possibilidade de concessão de uma proteção preventiva, antecipatória, se o direito à honra está sob ameaça ou na iminência de ser maculado. Tem-se, então, a possibilidade de ser acionada uma tutela de urgência, com respaldo do diploma processual civil e, antes dele, com fulcro no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, que dispõe explicitamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, desde que seja possível se vislumbrar a presença dos requisitos das cautelares, “periculum in mora” e o “fumus boni iuris”.

Quando uma pessoa humana investigada sente-se ameaçada em relação ao resguardo de sua honra, como bem inerente a sua personalidade e dignidade humana, não tem que necessariamente se submeter aos efeitos do dano, para somente então buscar a tutela jurisdicional estatal, pois então estará ao seu alcance apenas uma medida de cunho monetarista, consistente na reparação do dano moral sofrido, mas não se logrará com tal medida alcançar o principal, que é impedir o ataque a sua dignidade.²⁶⁷

Uma proteção mais efetiva e abrangente se impõe, assim, como meio de assegurar que o bem jurídico tutelado como um valor fundamental pela Constituição Federal de

²⁶⁶ TRAVIESO, Juan Antonio. **Derechos Humanos Y Derecho Internacional**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 1966, p. 167.

²⁶⁷ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 799.

1988 (Art. 1º, Inc. III), seja resguardado do indevido ataque, podendo essa proteção ser alcançada através da tutela inibitória, a qual tem a finalidade de impedir a prática do ato ilícito e não a de garantir a respectiva reparação decorrente do mesmo ilícito, servindo assim para garantir de forma mais cabal a aspiração do jurisdicionado por uma proteção integral e rompendo com os postulados do dogma de que o ressarcimento é a única forma de tutela para o caso.

Obviamente, não se alcançando o objetivo de evitar a ocorrência do dano, será possível uma tutela de cunho ressarcitório ou mesmo repressivo, compatível com o monetarismo e, ainda, com a possibilidade de intervenção de natureza criminal, pois os bens aqui referidos recebem também proteção da legislação penal comum (Decreto-Lei 2.848/1940, Artigos 138-145), bem como da especial (Lei 5.250/1967, Artigos 20-28), mas, repita-se, a pessoa humana investigada não precisa se submeter a sofrer o dano, para só então procurar o remédio legal, podendo, preventivamente, evitá-lo, através de uma tutela inibitória, eis que através desse tipo de tutela se protege o próprio risco de dano.

A concessão da tutela inibitória, em si, já importa na aplicação do critério da ponderação de valores, para então, aplicando-se o Princípio da Proporcionalidade, definir-se, no caso concreto, se a preponderância é da Dignidade da Pessoa Humana, hipótese em que estar-se-á diante da real possibilidade de concessão da tutela em questão e do afastamento do Princípio da Liberdade, naquele caso e dentro dos limites estritamente necessários.

Por outro lado, observa-se que esse direito de ação poderá também servir para garantir o exercício da liberdade de informação jornalística, em casos nos quais, mesmo durante a fase investigatória pré-processual, esteja presente o interesse público na divulgação do fato, vinculando-o ao nome e à imagem do investigado e alguém, mormente algum autoridade pública (juiz, delegado de polícia e outros) crie indevidos obstáculos ao acesso àqueles dados, quando então os meios de comunicação ou os profissionais a ele ligados e diretamente vinculados à matéria, seriam legitimados a requerer a tutela jurisdicional do estado, no sentido de proteger o valor protegido pela norma garantidora da liberdade de informação jornalística.

Outro não pode ser o entendimento, sob pena de fazer tábua rasa de princípios constitucionais como o da igualdade de direitos, o do acesso à Justiça e principalmente ao da Liberdade de Informação Jornalística, já que este somente pode ser obstaculizado quando, no caso concreto, os valores por ele representados tiverem um peso inferior ao da proteção da Dignidade da Pessoa Humana Investigada.

Ratificando essa linha de pensamento, no sentido de reconhecer a juridicidade constitucional da concessão de tutela cautelar ou mesmo antecipatória para a proteção de direitos subjetivos que estejam em risco decorrente da demora na prestação jurisdicional definitiva, aduz José Roberto dos Santos Bedaque que o sistema jurídico encontra-se aparelhado para a necessidade de um provimento jurisdicional destinado a eliminar qualquer risco decorrente da demora na oferta da prestação requerida, como proteção inerente à garantia constitucional da ação, previsto no Art. 5º da Constituição Federal de 1988.²⁶⁸

Tomando por referência o que foi tratado até aqui, têm-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi pródiga em garantir ao investigado em inquérito policial o direito de não ser ofendido em sua honra e na sua reputação, estando inserido nesta a indevida exposição de sua imagem ou de seu nome e, em havendo atentado a essa proteção de seus direitos humanos, o investigado estará sendo atingido em sua dignidade como pessoa humana, que encontra proteção no artigo de abertura da Declaração, o qual dispõe que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Evidencia-se, ainda, que mesmo naquelas situações onde o interesse público não esteja a autorizar a divulgação dos dados identificadores da pessoa humana investigada, em particular o seu nome e a sua imagem, vinculando-os a um fato tipificado como infração penal, não há óbice a que seja divulgado o fato, omitindo-se os dados característicos da imagem, podendo inclusive se fazer inserir as iniciais do nome da pessoa investigada, a exemplo do que ocorre em relação às crianças e

²⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82.

adolescentes, por força do disposto nos artigos 17, 18 e 143, parágrafo único da Lei 8.069/1990²⁶⁹, permitindo-se assim que na aplicação da proporcionalidade se preserve o “núcleo essencial” de ambos os valores em colisão e autorizando a que, em caso de oposição de obstáculo ao exercício da liberdade de informação jornalística onde se respeite os limites referidos, o prejudicado possa pleitear tal direito perante ao Poder Judiciário, quando então este estará atuando a partir da provocação no sentido de preservar a liberdade contra o arbítrio.

5.3.1 TUTELA JURISDICIONAL NÃO SE CONFUNDE COM CENSURA PRÉVIA

Conforme será abordado, ao analisar a presença do “*fumus boni iuris*” o magistrado deverá ponderar os interesses ou direitos em jogo para estipular, do modo mais seguro possível, a linha divisória entre os direitos que se antagonizam e a pertinência de sacrificar-se um em benefício do outro, sendo ambos merecedores do amparo legal (como no caso de um programa jornalístico que queira apresentar as imagens captadas- sem autorização- de uma pessoa investigada pela suspeita da prática de homicídio, alegando estar amparado pela Liberdade de Informação Jornalística; e, em sentido oposto, do direito do referido investigado de se opor a essa divulgação para preservar a sua imagem e a sua honra), sendo que o critério proposto aqui importa na utilização do princípio da proporcionalidade para compatibilizar os direitos contrapostos, através do critério da ponderação de bens.²⁷⁰

A partir de um caso concreto, como no exemplo dado anteriormente, o Judiciário pode ser provocado por qualquer uma das partes legitimadas, a definir qual dos direitos deve prevalecer, isso como decorrência de que se trata de uma situação que evidencia um conflito de intersubjetivo entre pessoas sujeitas à soberania do Estado Brasileiro e, ainda, à Jurisdição do mesmo Estado, às quais não pode ser negado o

²⁶⁹ LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 187.

²⁷⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. **Democracia, Censura e Liberdade de Expressão e Informação na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/documentos/texto>. > Acesso em 09 set 2003.

acesso ao Judiciário, por estar garantido no Art. 5º, Inciso XXXV da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Não se preconiza aqui uma atuação da Administração, no sentido de coibir a Liberdade de Informação Jornalística, ao seu talante, ou mesmo de o Poder Judiciário assim o fazer, mas sim, que o Judiciário não pode se omitir em prestar o serviço público que o Constituinte lhe reservou, a “tutela jurisdicional do estado”, quando legalmente provocado por quem se ache na iminência de sofrer um dano à sua dignidade. Logo, não se está sequer tratando de uma relação conflituosa entre o Estado e o indivíduo, mas sim, de conflitos entre indivíduos, onde o estado é chamado a intervir e solucionar.

Repete-se, o tema aqui discutido é bem outro, não se está a tratar de um confronto entre as liberdades públicas e o Estado, nos moldes repugnados pelo individualismo que caracterizou o Estado Liberal²⁷¹, pois, ao contrário, evidencia-se que a atuação do Estado, diante da colisão apregoada, se dá como forma de, atuando de forma isonômica, harmonizar a convivência social abalada pelo confronto entre direitos fundamentais de seus integrantes, os quais divergem entre si, levando pelo menos um deles a buscar a tutela jurisdicional, fazendo valer os seus direitos, insertos no princípio da igualdade (Constituição Federal, art. 5º, caput) e também no princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição Federal, art. 5º, XXXV), encontrando, ainda, ressonância do art. 20 do Código Civil vigente, que dispõe: “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”.

Frise-se que o exercício da tutela preventiva, em suas várias formas, do direito à sua dignidade não pode ser entendido como censura²⁷², nem *prévia* (impeditiva da divulgação da matéria), nem *posterior* (exercida depois da impressão, mas antes da publicação, que obsta a circulação do veículo impresso ou suspende a programação transmitida por outros meios de comunicação), porque, como já foi afirmado, qualquer manifestação dos meios de comunicação deve respeitar, entre outros

²⁷¹ ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 112.

²⁷² ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JORNAIS. **Liberdade de Expressão e Direito à Privacidade**. Disponível em: <www.anj.org.br>. Acesso em: 22 abr 2004).

direitos da personalidade, o da honra e o da imagem que todos os indivíduos possuem, como característicos, mesmo, da Dignidade da Pessoa Humana.²⁷³

A abordagem da questão da liberdade de comunicação, sob a perspectiva ou dimensão do exercício do direito de informar encontra fundamentação constitucional no artigo 5º, incisos IX e XIV, ao passo em que a proteção ao nome, à imagem e à honra, como direitos da personalidade componentes do amplo espectro da dignidade da pessoa humana, acham-se protegidos nos artigos 1º, III, 4º, II, e 5º, IV, V, X e XIV, do mesmo texto Constitucional, verifica-se que o excesso daqueles primeiro, poderá redundar na negação destes últimos, configurando a chamada colisão de princípios e justificando a legítima intervenção do estado, com vistas à solução do conflito.

Em se apresentando uma colisão entre os aclamados direitos que garantem a liberdade de comunicação em geral e em particular a de informação e aqueles que configuram a esfera da dignidade da pessoa humana, não se está diante da forma tradicional de exercer tais direitos pensada pela doutrina individualista que inspirou a sua constitucionalização – a luta entre as liberdades públicas ou individuais contra a prepotência do Estado ou do governante -; a situação aqui posta é bem outra, envolvendo controvérsia entre particulares, onde o Estado figura como encarregado de solucionar o conflito, através da sua função jurisdicional, resguardada em sua forma típica, embora não exclusiva, ao Poder Judiciário, já que o Constituinte brasileiro seguiu o modelo de tripartição das funções do Estado, desenvolvido pensador francês Charles Luis de Secondat, o barão de Montesquieu.²⁷⁴

Importa recordar, assim, que a intervenção do Poder Judiciário, na análise proposta, não configura uma censura estatal à liberdade de informação jornalística imposta pelo Estado ou por um governante de plantão, com o objetivo de cercear as idéias do titular da matéria, a situação é bem diferente, pois a atuação, no caso, é no sentido de atender ao reclamo de um particular, para solucionar um conflito subjetivo entre o seu interesse e o do meio de comunicação em questão, que pretende divulgar matéria que, em tese, afronta o seu direito de personalidade, estando a

²⁷³ BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

²⁷⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 113.

situação fora dos limites tradicionais que originaram o conceito de liberdades públicas, numa acepção voltada para uma afronta do estado contra o indivíduo, alcançando aqui a idéia de garantia daquela liberdade pública, através do exercício do direito de ação ou de exigir que o estado adote providências para evitar um dano a um alegado direito subjetivo da pessoa humana.²⁷⁵

Portanto, a legitimidade do Estado, para através do Poder Judiciário, conhecer uma ação proposta por uma pessoa que alegue estar sofrendo um atentado contra a sua dignidade humana – mesmo que no pólo passivo figure um veículo de comunicação social e que se esteja defendendo a liberdade de comunicação jornalística – decorre da proteção constitucional criada em favor de todos (Constituição Federal artigos 2º e 5º, inciso XXXV).

Essa intervenção estatal, por meio do Poder Judiciário encontra, portanto, respaldo em âmbito constitucional, tornando-se tanto mais legítima, quanto também mais se observe o princípio da transparência (publicidade) e da fundamentação dos atos de seus agentes, na forma preconizada no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988; “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário [...]e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.²⁷⁶

Agindo o Poder Judiciário dentro dos limites previamente traçados pelo Constituinte, a sua atuação é, portanto, legítima, eis que amparada e resguardada pela vontade do povo, que se fez expressar através da representação popular, nos moldes da democracia representativa, modelo em vigor nos mais diversos Estados contemporâneos, não havendo elementos teóricos capazes de justificar validamente que essa legitimidade inexista pelo fato de, no Brasil, os Membros do Poder Judiciário não serem eleitos pelo voto popular, uma vez que a legitimidade desses

²⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 7.

²⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

órgãos de jurisdição é retirada diretamente da Constituição Federal, elaborada por um Poder Constituinte legítimo.²⁷⁷

Não há como se conceber que os meios de comunicação, cuja importância para o correto funcionamento das instituições no Estado Democrático de Direito é inegável, conforme salientado no capítulo 3, se constituam no único instrumento legítimo, honesto e imparcial de resguardo dos interesses da Sociedade. Ao contrário, a concepção que deve vingar é a de que o Estado, através de pessoas legitimamente selecionadas para o exercício de suas funções essenciais, é capaz de executá-las de forma a atender as expectativas dos mandantes do Poder e que aos meios de comunicação se reserva o importantíssimo papel de fiscalizar esse exercício por parte dos mandatários – sejam estes do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário – e de transmitir ao povo uma versão imparcial sobre a atuação dessas pessoas públicas – homens e mulheres -, não se reconhecendo aos meios de comunicação o direito de proceder ao julgamento das causas de natureza criminal ou não, sob pena de, ao extrapolar o seu relevante papel, passar a prestar um desserviço para a almejada busca da verdade.²⁷⁸

Não há espaço para posições maniqueístas e tampouco para a aceitação pura e simples de que determinado setor da sociedade seja o detentor de todas as verdades, mesmo em se tratando dos meios de comunicação, mormente quando se trata de investigação criminal preliminar, onde a verdade pode aparecer de forma enganadora, exigindo-se técnica e conhecimento jurídico para a sua solução, não podendo se conceber que as pessoas que ocupam os cargos nos meios de comunicação, somente pelo exercício dessas relevantes funções, possam ser elevadas a um patamar ético e de conhecimento científico – em particular o jurídico – superior aos demais seres humanos, de forma que as suas conclusões e ações não possam ser submetidas ao crivo da Função Jurisdicional do Estado.²⁷⁹

²⁷⁷ HERKENHOFF, João Batista. **Como Aplicar o Direito**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 116.

²⁷⁸ OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. **O Tribunal do Júri Popular e a Mídia**. Disponível em: <www.fesac.org.br/art_33.html>. Acessado em 09 set 2003.

²⁷⁹ KIRTLEY, Jane E. **Bases Jurídicas da Liberdade de Imprensa nos Estados Unidos**. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itgic/0203/ijgp/gj03.htm>>. Acesso em 22 abr 2004.

Uma posição tal, que reconheça às pessoas que atuam nos meios de comunicação – jornalistas e outros – a situação de seres especiais, livres para agir simplesmente em conformidade com a sua autolimitação, sem se submeter aos ditames do Estado de Direito, afrontaria incisivamente o caro princípio da igualdade²⁸⁰, fruto de longa e cara evolução histórica, filosófica e jurídica, que foi sedimentada na Constituição Brasileira de 1988, de cujo artigo 5º, caput, se extrai; “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”, até porque necessário lembrar que a falibilidade é uma das características do ser humano em geral.²⁸¹

Como decorrência do Princípio Constitucional da Igualdade, que coloca os profissionais e as empresas de comunicação, de um lado, e o investigado pela prática de infração penal, de outro, no mesmo patamar de detentores de direitos constitucionalmente reconhecidos, quando este último se vale da sua condição pessoa e requer uma providência do Estado-Jurisdição, pleiteando ao Poder Judiciário o resguardo de sua dignidade enquanto pessoa humana, não pode haver omissão do Estado em prestar essa Jurisdição, devendo, entretanto, fazê-lo com espírito de conciliação e equilíbrio entre a liberdade de informação jornalística e a inviolabilidade dos direitos da personalidade de qualquer pessoa, lembrando-se sempre que a Constituição não tolera qualquer forma de censura política, ideológica e artística e presta especial homenagem à liberdade de informação e de expressão, assim como o faz em relação à dignidade da pessoa humana.

Neste passo, merece uma abordagem secundária a alegação de que a questão dos abusos da liberdade de informação jornalística se resolveriam apenas no âmbito da obrigação de indenizar por danos morais, decorrente da parte final do inciso X, do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, importando observar que não encontra sustentação jurídica e lógica, o argumento de que ao prever a proteção à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, o constituinte tenha, em relação ao ofendido, esgotado suas pretensões no “direito a indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação”, o que impediria o Poder Judiciário de prestar-lhe

²⁸⁰ LOPES JR, Aury. **Crítica Ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 185-186.

²⁸¹ CINTRA, Antonio Carlos Araújo Cintra et al. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 65.

alguma tutela fora daquela de cunho indenizatório, como seria o caso da proibição da veiculação da matéria ofensiva.

Por óbvio, se o constituinte reconheceu um direito de estatura constitucional e o elevou ao patamar de compor a dignidade da pessoa humana, não é razoável se interpretar que haja autorizado o desrespeito a tal direito, mediante indenização pecuniária. Essa unicamente solução monetarista não é a melhor interpretação, sob pena de minimizar a máxima Kantiana, acolhida na formulação da Declaração dos Direitos Humanos, da ONU (1948) e, em particular, no já mencionado artigo 1º, inciso III, da Constituição Brasileira, que orienta “aja de maneira a tratar a humanidade, tanto na sua própria pessoa como, a cada oportunidade e simultaneamente, na de qualquer outro, como fim, e nunca meramente como meio”.²⁸²

Evidencia-se, através de uma interpretação sistemática do texto constitucional, que o constituinte não autorizou os meios de comunicações ou aos profissionais do mesmo ramo, a afrontar a dignidade da pessoa humana investigada, desde que o infrator se sujeitasse a uma indenização pecuniária, o que ele fez, foi evidenciar bem às claras, que tal afronta, se concretizada, obrigaria a reparação do dano, seja material ou moral, isso para espancar qualquer dúvida acerca desse dever, deixando claro também que estava colocando limites à liberdade de comunicação, na própria Constituição.

Quando o constituinte previu a obrigação de indenizar, como decorrência da afronta aos direitos da personalidade, evidenciou, também, o reconhecimento de que aqueles direitos (interessando principalmente a este enfoque a imagem e a honra) são bens jurídicos tutelados pelo Direito – inclusive o Constitucional – e, nessa qualidade, geram para o seu titular o direito subjetivo de exigir a sua tutela por parte do Estado, através de medidas que evitem a concretização da afronta e do desrespeito, não estando de maneira alguma sujeito a permanecer inerte e a suportar efetivamente a agressão e os danos para, somente então, pleitear a tutela, agora com caráter ressarcitório ou repressivo, eis que, já antes, poderia certamente

²⁸² KANT, Immanuel. Apud Weffort, Francisco C. et al. **Os Clássicos da Política**. 10. ed. São Paulo: Editora Ática, 2003, p. 96-98.

exercer o direito a uma tutela de caráter preventivo, para evitar a afronta ao seu bem jurídico da Dignidade da Pessoa Humana.

Uma posição diversa, que submetesse o investigado a ter que sofrer o dano e se contentar com uma tutela repressiva, iria de encontro aos postulados do método lógico-sistemático e importaria no sacrifício perene da dignidade da pessoa investigada, em benefício da liberdade de informação jornalística, o que não pode ser aceito, por importar no reconhecimento de que a liberdade de informação jornalística albergaria um valor ou direito absoluto, o que não se coaduna com a teoria aplicada nesta pesquisa, onde se vê que todos os princípios sustentam e são sustentados por valores e direitos relativos, os quais, em certas situações, poderão ceder em favor de outros, já que nenhum deles é absoluto.²⁸³

Verifica-se, pois, não ser suficiente a adoção de critérios simplistas ou reducionistas, pois, nesse trabalho do intérprete, principalmente do magistrado, que se defronta com tão relevante colisão de direitos de envergadura constitucional, não se afigura uma solução fácil, pronta e acabada, necessário se apresentando fazer-se uso de métodos capazes de auxiliá-lo na empreitada, tendo havido a opção, nesta abordagem científica, conforme já salientado, pela utilização do critério ou princípio da proporcionalidade como esse instrumento de auxílio na busca de uma justa solução.²⁸⁴

Portanto, no trato das questões envolvendo direitos fundamentais, que representavam os frutos decorrentes de uma longa evolução da Sociedade e que, no Direito Brasileiro, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 ganhou a necessária projeção, com vistas a proteção integral da Dignidade da Pessoa Humana, em seus diversos espectros, não é razoável entender que a liberdade de informação jornalística possa ser concebida como um direito superior – de “per se” – em relação aos demais direitos individuais também previstos no

²⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 1209.

²⁸⁴ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JORNAIS. **Liberdade de Expressão e Direito à Privacidade**. Disponível em <www.anj.org.br>. Acesso em 22 abr 2004.

mesmo Ordenamento Constitucional, frisando-se que “nenhum direito é absoluto²⁸⁵” o que leva o intérprete a agir “na efetivação, de certos princípios frente aos restantes – nuns casos, pois, através de coordenação, noutros através de subordinação [...] assente num critério de proporcionalidade²⁸⁶”, consistindo este, no critério eleito para a solução da colisão entre os princípios ora abordados, pelo autor.

Releva perceber que, nessa sua legítima e aspirada função social de apurar e divulgar as ações emanadas dos agentes que atuam nos órgãos encarregados da tutela jurisdicional (os juízes), o profissional de imprensa deve ter a atenção redobrada para o fato de que as referidas decisões são proferidas, em regra, em decorrência de um processo, onde o juiz é o sujeito imparcial encarregado de decidir a lide entre as partes, estas sim, com interesses próprios, legítimos ou não.

Nessa tarefa de pesquisa e divulgação da atividade investigatória pré-processual, não pode ser olvidado que as partes possuem direitos e garantias, os quais sobrelevam em importância quando o objeto do processo vem a ser matéria de natureza criminal, isso porque, uma vez divulgada uma notícia onde se atribui a um indivíduo a prática de uma infração penal, recai sobre a sua pessoa, sobre a sua imagem refletida na sociedade, sobre as suas relações sociais, familiares, profissionais e religiosas, a pecha de “criminoso”, situação de difícil, senão de impossível reversão.

A questão merece maior atenção e reflexão no sistema processual penal brasileiro, por ser ele dotado de duas fases bem distintas, a primeira denominada de fase de persecução penal extrajudicial e, a segunda, judicial, sendo que, naquela, instaurada através do arcaico instrumento do inquérito policial, cuja forma permanece quase imutável desde a sua introdução no sistema brasileiro, ainda por inspiração do governo imperial, com o advento da Lei 2.033 (de 1871) e onde as liberdades públicas²⁸⁷ pouco influenciam, não sendo exercido contraditório e instaurando-se o

²⁸⁵ ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo de. **Conflito entre Normas Constitucionais**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 9.

²⁸⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 452.

²⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

procedimento a partir de uma situação de mera suspeita²⁸⁸, já se dando ao investigado o indesejável status de “indiciado”, com todas as desagradáveis conseqüências daí decorrentes.²⁸⁹

Verifica-se, inquestionavelmente, que a função do inquérito policial é de mero instrumento investigatório, devendo a autoridade policial agir com o máximo de discricção, pois tudo que ela tem em mãos é uma hipótese de trabalho, uma classificação provisória (seja quanto ao enquadramento típico dos fatos, seja em relação ao possível autor deles), não se justificando impor constrangimentos não imprescindíveis ao suspeito ou indiciado.

Não procede, aqui, o argumento em contrário, pois, como já mencionado neste trabalho duas são as dimensões em que se sustenta a liberdade de informação jornalística e a primeira delas, a do livre direito de bem informar, não pode estar desvinculada da ética e tampouco da segunda dimensão, esta sim, capaz de dar uma especial conformação a tal liberdade, que vem a ser a dimensão do interesse público na divulgação daqueles fatos, daquele nome, e daquela imagem, não pelo mero deleite de sorrir das cenas cômicas propiciadas pelos aludidos programas.

²⁸⁸ LIRA FILHO, Roberto. **A Classificação das Infrações Penais Pela Autoridade Policial** – Estudos de Direito Processual Penal em Homenagem a Néelson Hungria. Forense, 1962, p. 27.

²⁸⁹ MARQUES, José Frederico. **Apontamentos Sobre o Processo Criminal Brasileiro**. São Paulo: RT, 1959, p. 17-39.

CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana é um valor reconhecido no mundo moderno, como fruto de uma lenta e gradual evolução da própria humanidade e da forma de o homem enxergar e respeitar os seus semelhantes, derivando esse respeito da própria condição humana, nos moldes da doutrina Kantiana, acolhida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e também na Constituição Federal Brasileira de 1988.

No direito brasileiro a pessoa investigada pela suspeita da prática de um fato tipificado como infração penal é tratada, mesmo antes de instaurado regularmente o inquérito policial com vistas à apuração da existência real do fato e de sua autoria, como “indiciado”, sem que haja previsão de um ato formal para caracterizar o indiciamento, o que constitui em afronta à necessária fundamentação dos atos do poder público e de seus agentes.

A submissão da pessoa humana investigada por suspeita da prática de fato tipificado como infração penal à entrevistas patrocinadas pelos diversos meios de comunicação, propiciando a divulgação do conteúdo das declarações prestadas, constitui afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, inserto no artigo 5º, Inciso LVII, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

A prática corriqueira de a autoridade policial ou seus agentes permitirem que os meios de comunicação tenham acesso a pessoa humana investigada e aos seus dados identificadores – nome ou imagem – com a conseqüente divulgação desses dados, sem expressa autorização daquela pessoa investigada, e vinculado ao fato tipificado como infração penal, constitui afronta à honra atingindo valores vinculados à personalidade e à dignidade humana da pessoa investigada, afrontando o disposto no art. 1º, inc. III da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Diante da Liberdade de Informação Jornalística, decorrente do art. 5º, Incisos IX e XIV da Constituição Federal Brasileira de 1988, não pode ocorrer a proibição pura e

simples do acesso dos meios de comunicação aos dados identificadores da pessoa humana investigada, necessário se fazendo proceder a uma ponderação entre os valores inerentes à liberdade e dignidade, utilizando o critério da proporcionalidade para definir, no caso concreto, qual o valor preponderante e resguardando-se o “núcleo essencial” daquele valor afastado no caso concreto.

O choque de valores entre a dignidade da pessoa humana investigada e a liberdade de informação jornalística configura uma colisão de princípios, nos moldes preconizados, dentre outros, por Ronald Dworkin e Robert Alexi e a forma mais indicada para a solução dessa colisão é a utilização de ponderação de valores, através da análise do valor mais relevante em cada situação, o que alcança pela aplicação do princípio da análise do valor mais relevante em cada situação, o que se alcança pela aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual, embora não previsto expressamente na Constituição Brasileira de 1988, há muito vem tendo aceitação nos mais diversos ramos do Direito, podendo se afirmar que o referido princípio acha-se positivado no sistema jurídico brasileiro, embora não institucionalizado.

Dentro do critério da ponderação orientada axiologicamente pelo princípio da proporcionalidade, a análise do interesse público ou social no conhecimento do fato a ser noticiado se apresenta como fator preponderante na tarefa do intérprete, quando tenha que estabelecer qual o valor que deve ser preservado no caso concreto oem que se verifica a colisão entre a Dignidade da Pessoa Humana Investigada e a Liberdade de Informação Jornalística.

O Poder Judiciário encontra-se legitimidade para, atuando em decorrência de provocação da parte interessada, e por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Carta Constitucional de 1988, conhecer da colisão envolvendo a Dignidade da Pessoa Humana Investigada e Liberdade de Informação Jornalística e solucioná-lo, não só definitivamente, como cautelarmente, sempre atento, entretanto, à necessidade de fundamentação, como forma legitimante da decisão alcançada, nos moldes do art. 93, inciso IX da mesma Carta, sem que isso constitua indevida censura.

Na análise do caso concreto e aplicando-se os critérios orientadores

proporcionalidade na realização da ponderação de valores, o intérprete e, em particular, o órgão julgador, deve resguardar o “núcleo essencial” de cada um dos valores presentes nos princípios em colisão, podendo valer-se, por analogia ao Estatuto da Criança e do Adolescente, da proteção ali conferida por ocasião da apuração de ato infracional, quando, no parágrafo único do art. 143, dispõe ser vedada a divulgação de qualquer notícia relativa ao fato, que esteja acompanhada de dados identificadores do suposto infrator.

Preservados esses dados capazes de levar à identificação da pessoa humana investigada, nos moldes preconizados pelo Art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se verifica óbice ao exercício da Liberdade de Informação Jornalística, podendo ser feita a cobertura do fato, bem como a sua ampla divulgação, atingindo a finalidade maior dos meios de comunicação, que é prestar uma informação útil e verdadeira à sociedade.

Ao final dessa análise, impõe-se reconhecer que a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a Liberdade de Informação Jornalística, o fez de modo a reconhecer ser ela um direito fundamental para a existência do Estado Democrático Brasileiro, sem contudo, considerá-la como um direito absoluto e que permita invadir, despropositadamente, a esfera de intimidade individual, eis que o legislador constituinte fez inserir como cláusula de reserva legal, presente no art. 220 e em seu § 1º, como limite constitucional a essa ampla liberdade, o respeito à intimidade e à honra das pessoas.

RECOMENDAÇÕES

Passados mais de quinze anos da Promulgação da “Constituição Cidadã” é chegada a hora de a Doutrina e também a Jurisprudência brasileiras repudiarem, diante da omissão legislativa infraconstitucional, a prática policial de não fundamentar o ato de indiciamento da pessoa humana investigada e tampouco de formalizar esse indiciamento, o que tem proporcionado, em consonância com a confusão terminológica existente no próprio Código de Processo Penal, que a pessoa que esteja na mera condição de suspeito da autoria de um fato tipificado como infração penal, seja denominada de “indiciado”, mesmo antes do início formal do inquérito policial.

Apresenta-se necessário dar-se uma interpretação ao disposto no artigo 20 do Código de Processo Penal, que não olvide os valores inseridos no sistema brasileiro pela Constituição Federal de 1988, permitindo uma construção doutrinária que conclua que a autoridade policial deve zelar pelo sigilo das investigações e também do investigado, que relação a tudo aquilo que, se divulgado antecipadamente, possa se constituir em uma afronta aos valores inerentes à dignidade humana daquela pessoa que se encontra sob a custódia do Estado.

Por fim, propugna-se que parte significativa da solução estaria na regulamentação do disposto no Art. 220, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição Brasileira de 1988, dotando a Nação de uma nova Lei que contemple, dentre os seus dispositivos, a garantia da liberdade de informação jornalística, sem olvidar da proteção à dignidade humana da pessoa investigada.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. (Coord). **Las Regras em Serio**. In: La Normatividad del Derecho. Barcelona: Gedisa, 1997.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4. ed. São Paulo; Martins Fontes, 2000.

ALAMY FILHO, João. **O Caso dos Irmãos Naves**: um erro judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, reimpressão 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. MADRID: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo de. **Conflito entre Normas Constitucionais**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 7. ed. São Paulo: Ícone, 1997.

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: O enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional da Própria Imagem**. Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru-SP: EDIPRO, 1995.

ARIÈS, Philippe, **et al. História da Vida Privada: Do Império Romano ao ano mil.** São Paulo: Companhia da Letras, 1989.

ASENSI SABATER, José. **Constitucionalismo y Derecho Constitucional.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

ASSMANN, Selvino José. **As Raízes do Pensamento Filosófico.** Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br>>. Acesso em 15 mar 2004.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JORNAIS. **Liberdade de Expressão e Direito à Privacidade.** Disponível em <www.anj.org.br>. Acesso em 22 abr 2004.

ATIENZA, Manuel. **Introdução al Derecho.** 5. ed. Barcelona: Editorial Barcanova, 1994.

AVÓLIO, Luiz Francisco. **Provas ilícitas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BALUTA, José Jairo. **O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica.** Curitiba: Juruá, 1997.

BARBOSA, Rui. **A Imprensa e o Dever da Verdade.** São Paulo: Com-Art., 1970.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direitos e Garantias Individuais.** A Constituição Brasileira de 1988, Interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. **Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade.** In: SOARES, José Ronaldo Cavalcante (org.). Estudos de Direito Constitucional. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Ltr, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Trad. J. Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERGMANN, Érico R. **Prova ilícita**: A constituição de 1998 e o princípio da proporcionalidade. Escola Superior do ministério público/ Associação do ministério público, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto . **Os Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10.ed. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: ícone, 1995.

_____. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira – São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Igualdade e Liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

_____. **Locke e o Direito Natural**. 2. ed. tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A Constituição Aberta**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONJARDIM, Estela Cristina. **O Acusado, sua Imagem e a Mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição do Estados Unidos do Brasil**. 1891.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Brasileira**. 1824.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CALABRE, Lia. **A Era do Rádio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). **Os Direitos da Personalidade e a Liberdade de Informação**. In: Direito Processual (Inovações e Perspectivas). São Paulo: Savaiva, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 1209.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. 1. ed. Campinas-SP: Bookseller, 2000.

CENICCHIARO, Luiz Vicente. **Questões Penais**, Del Rey, 1998.

CHILE, **Constituição Política da República do**. 1980.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo Cintra et al. **Teoria Geral do Processo**, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

COLÔMBIA, **Constituição Política da**, de 6 de julho de 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São

Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Luís César Amad. e MELLO, Leonel Itaussu A. **História do Brasil**. São Paulo, Editora Scipione Ltda, 1991.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coordenador). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CUNHA, José Manuel Damião da. **O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal**. Porto, 1993.

_____. Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Bauru-SP: EDIPRO, 1993.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, Tradução de Adriano Vera Jardim. Lisboa: Ed. Livraria Moraes 1961.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**., Armênio Amado Editores, Coimbra: 1972.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado. 8. ed. Atual. de acordo com o Novo Código Civil**. (Lei 10.406 de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DOYLE, Arthur Conan. **O Signo dos Quatro**. 6. ed. Trad. Amilcar de Garcia. São Paulo: Melhoramentos, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Como se Faz uma Tese**. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 1998.

ESPANHA, **Constituição da**, de 29 de dezembro de 1978.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Democracia, Censura e Liberdade de Expressão e Informação na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/documentos/texto>>. Acesso em 09 set 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Revista e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FLEINER, Thomas. **O que são Direitos Humanos?**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi - **Do nome civil das pessoas naturais**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FUX, Luiz. **Curso de Direito processual civil**. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que São Direitos Fundamentais?**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Igualdade e Diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA, Maria (coord.). **Democracia Hoje: Um Modelo Político para o Brasil**, São Paulo, Celso Bastos editor, 1997.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 3. ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Grego & Historiografia Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HERKENHOFF, João Batista. **Como Aplicar o Direito**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HUNGRIA, Nelson - **Comentários ao código penal**, Rio de Janeiro, Forense, 1955, v. 6.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. 10. ed. São Paulo: Editora Ática, 2003.

KIRTLEY, Jane E. Artigo: **Bases Jurídicas da Liberdade de Imprensa nos Estados Unidos**. Disponível

em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itgic/0203/ijgp/gj03.htm>>. Acesso em: 22 abr 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **A Constituição como Princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri, SP: Manole, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública**. São Paulo: LTR, 2001.

LIRA FILHO, Roberto. **A Classificação das Infrações Penais Pela Autoridade Policial: Estudos de Direito Processual Penal em Homenagem a Néelson Hungria**. Forense, 1962.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 2. ed. 1976.

LOPES JR, Aury. **Crítica Ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUFT, Celso Pedro. **Minidicionário Luft**. 20. ed. São Paulo: Ática, 2000.

LUIGI, Ferrajoli. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGNA CHARTA LIBERTATUM (1215). Disponível em:

<<http://www.cursoanglo.com.br/materias/história/mediahtm>>. Acesso em: 15 fev. 2004.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 6. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo & PARDO, Ignacio de otto y. **Derechos Fundamentales Y Constitución**. Madrid: Ed. Civitas, 1992.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 74.

_____. **Código de Processo penal interpretado. Indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até dezembro de 2002**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Manual de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes. **História e Prática do Habeas Corpus: direito constitucional e processual comparado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MIRANDOLA, Giovanni . **Discurso sobre a Dignidade do Homem**. Ed. Bilingue. Lisboa: edições 70, 1989.

MODIN, Augusto. **Manual do Inquérito Policial**. 6. ed. São Paulo: Editora Sugestões Literárias, 1987.

MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. **Garantias Constitucionais e Advocacia Criminal**. Disponível em: <www.uerj.gov.br>. Acesso em 10 Jul 2004.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NASSIF, Luís. **Revista cej - 2º Congresso Brasileiro de Administração da Justiça**. Brasília:Centro de Estudos Judiciários, n. 17, Julho 2002.

NEITZEL, Luiz Carlos – **A Evolução dos Meios de Comunicação**. Disponível em: <luizneitzel@hotmail.com>. Acesso em 08 dez 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. Ver. E atual.. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

_____. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em Vigor**. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1996.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. Artigo: **O Tribunal do Júri Popular e a Mídia**. Disponível em: <www.fesac.org.br/art_33.html>. Acesso em 09 set 2003.

PARAGUAI. Constituição (1992). **Constituição da República do Paraguai**. De 20 de junho de 1992.

PASSOS, J.J. Calmon de. **A Imprensa, a Proteção da Intimidade e o Processo Penal**. Disponível em: <http://www.serrano.neves.nom.br>> Acesso em 09 mar 2003.

PECES-BARBA, Gregório; FERNÁNDEZ, Eusébio e ASÍS, Rafael de. **Curso de Teoria del Derecho**. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PETERSON, Theodore. Wilbur Schramm e Fred S. Siebert, Four. **Theories of the Press**. Illinois: Ed. da Universidade de Illinois, 1956.

PENTEADO, Jaques T. de Camargo (coord.). **O Crime Organizado (Itália e Brasil): A Modernização da Lei Penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Acusação, defesa e julgamento**. Campinas: Millennium, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINHEIROS, Vera. **É Proibido Proibir**. Disponível em: <www.patamar.inf.br/webc/webs/anj/jornal_anj> Acesso em 09 set 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PLATÃO. **As Leis: Da Legislação ou Epaminomis**. Tradução Edson Bini. Bauru-SP: EDIPRO, 1999.

PORTUGUESA, **Constituição da República**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1987.

POUND, Roscoe. **Liberdades e garantias constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

RAMOS, César Augusto. **A Concepção Política de Pessoa no Liberalismo** de J. Rawls. Disponível em: <<http://www.filosofia.ufpr.br/pet/cadernos/numero4/cesar.pdf>>. Acesso em: 19 mar 2004.

RAVINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. Hola, **História Del Derecho!**. Buenos Aires: Editorial Dunken, 1999.

REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade.** Disponível em:<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acesso em 22 mar 2004.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário & Direito à Intimidade.** Curitiba: Juruá, 2002.

ROSENFELD, Kathrin Holzermayr. **Sófocles & Antígona.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

ROSSI, Clóvis. **O que é Jornalismo.** 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** Tradução Edson Bini; Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

RUSSEL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein;** tradução, Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SAGA, A Grande História do Brasil. vol. 3. Abril Cultural, São Paulo, 1981.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação dos Poderes.** São Paulo: Saraiva, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SCHWARTZ, Bernard. **Os Grandes Direitos da Humanidade**. Tradução de A.B. Pinheiros de Lemos. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1977.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. (Org.). **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA NETO, José Laurindo. **Processo Penal – Sistema e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 76747 / DF - Relator: Min. CARLOS VELLOSO:Julgamento: 14/04/1998 :Publicação: DJ DATA-20-04-01 PP-00107 EMENT VOL-02027-05 PP-00890.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WEFFORT, Francisco C.(Org.) et al. **Os Clássicos da Política**. Vol. 1, 10. ed. São Paulo: Editora Ática, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional. Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América – Sentimentos e Opiniões**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TORNAGHI, Hélio.**Curso de Processo Penal**. 8. ed. V. 1, São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.**Código de Processo Penal Comentado**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1996.

TRAVIESO, Juan Antonio. **Derechos Humanos Y Derecho Internacional**. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 1966.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 2 ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LISTA DE SIGLAS

A.C	– Antes de Cristo
Atual.	– atualizada
BVerfGE	– Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão)
CF	– Constituição Federal
Coord.	– coordenação
DF	– Distrito Federal
DJU	– Diário da Justiça da União
Ed.	– Edição
EUA	– Estados Unidos da América
HC	_ Habeas Corpus
Min.	– Ministro
MP	– Ministério Público
PGR	– Procuradoria Geral da República
Publ.	– Publicado
Rel.	– Relator
Rev .	– Revista
RESP.	– Recurso Especial
RT	– Revista dos Tribunais
STJ	_ Superior Tribunal de Justiça
STF	– Supremo Tribunal Federal
S.A.	– Sociedade Anônima
TCF	– Tribunal Constitucional Federal Alemão
TJRJ	– Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
Vol.	– Volume