

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO**

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR

**O CONTEÚDO RETÓRICO DO DIREITO À PRIVACIDADE E
A VALIDADE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE FILMAGENS
NOS AMBIENTES PÚBLICO E PRIVADO**

**VITÓRIA
2014**

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR

**O CONTEÚDO RETÓRICO DO DIREITO À PRIVACIDADE E
A VALIDADE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE FILMAGENS
NOS AMBIENTES PÚBLICO E PRIVADO**

Tese apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direitos e
Garantias Fundamentais da
Faculdade de Direito de Vitória,
como requisito para obtenção do
grau de Doutor em Direito

Orientador: Prof. Dr. João Maurício
Leitão Adeodato

VITÓRIA

2014

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR

**O CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO À PRIVACIDADE E AS FILMAGENS
NOS AMBIENTES PÚBLICO E PRIVADO.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovada em 03 de outubro de 2014.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato (Orientador)

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

Prof. Dr. Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior

Aos meus pais Américo Bedê Freire e Maria Sueli Lobo Bedê Freire, às mulheres da minha vida, Márcia e Amanda, e ao Paysandu Sport Club no ano do seu centenário.

AGRADECIMENTOS

É fundamental saber agradecer. Apesar do risco de omissões, não há como se esquivar da obrigação de minimamente tornar públicos os nomes de tantas pessoas que colaboraram para a presente tese.

Gostaria de agradecer a Deus, Nossa Senhora de Nazaré e Santo Antônio;

Ao Professor Doutor João Maurício Leitão Adeodato, por ensinar o papel do professor não apenas por palavras, mas principalmente por ações e exemplos;

À minha esposa Márcia Martins de Sousa Bedê Freire, por seu apoio e carinho constantes em tudo o que faço;

Ao meu Pai Américo Bedê, de quem herdei a vocação para a magistratura, e à minha mãe Maria Sueli, de quem herdei a vocação para o magistério;

A Amanda, filha Amada;

À minha irmã Thais, em nome de quem agradeço a toda a minha família;

À Faculdade de Direito de Vitória, instituição acadêmica a que tenho o orgulho de pertencer há mais de 12 anos, na pessoa de seu Prócere Antonio José Ferreira Abikair;

Aos amigos Bruna Lyra e Claudio Colnago, que compartilharam todas as etapas do doutorado desde o estudo para a seleção até o final da presente tese;

A todos os Professores do Programa de Doutorado da FDV, especialmente os amigos Alexandre de Castro Coura, Aloisio Krohling, Andre Filipe, Daury Cesar, Elda Bussinguer, Ricarlos Almagro, Thiago Fabres, pelas preciosas lições ministradas em sala de aula;

A todos os colegas das disciplinas cursadas especialmente os amigos Bruna Lyra, Bruno Gomes, Claudio Colnago, Israel Jorio, Ricardo Goretti, Rodrigo Cardoso;

A todos os Professores, Funcionários e Alunos da FDV;

A Ney de Barros Bello Filho, meu primeiro orientador acadêmico que tanto me estimulou e inspirou por todas as lições do passado e presente;

A Jorge Amaury Nunes meu orientador da Esecialização;

A Geovany Jevaux meu orientador no mestrado;

Aos amigos Alceu Mauricio, Alexandre Coura, Bruna Lyra, Carlos Eduardo Lemos, Claudio Colnago, Fernando Mattos, Grecio Gregio, Gustavo Senna, Israel Jório, José Roberto Almada, Juliana Ferrari, Hermes Zanetti, Marcelo Zenkner, Raphael Boldt, Reginaldo Cordeiro, Ricardo Goretti, Ricarlos Almagro, Rodrigo Cardoso, Ronald Kruger, Sergio Leal pela constante interlocução acadêmica;

A todos os colegas Magistrados e aos funcionários da Justiça Federal de Vitória, especialmente os integrantes da 3ª Vara de Execução Fiscal de Vitória: João Luiz Bianchi, Luciana Cecim, Irineu Martins, Silvano Ghidetti, Robert Chmatalik, Cristina Peres, Vanor de Assis, Maria Roas, Maria da Penha Rios, Moacyr de Alvarenga;

Às minhas assessoras Diana Carvalhinho, Bianca Valentim e Mariana Pestana em virtude de todo o apoio, paciência e colaboração na realização da presente tese, além de competência e dedicação na Justiça Federal;

A Pedro Leal, Diretor de Secretaria da 3ª Vara de Execução Fiscal, pela competência e dedicação;

A Enara Ramos Olimpio Pinto, Marcelo Zenkner e Israel Jório pela leitura e sugestões.

Ao Paysandu Sport Club, instituição centenária, mas com história milenar, por tantas emoções ao longo de minha vida.

“Não sou nem otimista, nem pessimista. Os otimistas são ingênuos, e os pessimistas amargos. Sou um realista esperançoso. Sou um homem da esperança. Sei que é para um futuro muito longínquo. Sonho com o dia em que o sol de Deus vai espalhar justiça pelo mundo todo.”

Ariano Suassuna

RESUMO

A tese é centrada no seguinte problema: qual o critério para a validação das provas obtidas mediante a filmagem, no discurso do judiciário, considerando o direito fundamental a privacidade e as características da sociedade de risco, espetáculo e consumo em que vivemos, e na qual o Estado e os particulares filmam constantemente todos os indivíduos? A questão é examinada a partir de uma retórica analítica e, para tanto, procuram-se estabelecer *topoi* que possibilitem o seu exame. A tese procura justificar que, em direito penal, a regra é a validade das filmagens, em direito civil a análise depende do caso concreto e, por fim, em direito do trabalho, as filmagens em regras seriam proibidas, salvo quando relacionadas a assuntos de segurança. A privacidade em nosso tempo deve ser compatibilizada com outros direitos fundamentais, devendo cumprir uma função social. Nesse contexto, eventuais filmagens somente podem ser validadas se motivadas por um interesse superior. O controle da motivação para a divulgação das filmagens é a chave para a resolução do alcance do direito a privacidade. Não se pode definir antecipadamente esse conteúdo e é no controle retórico dos argumentos que será viabilizada a ampliação dos direitos fundamentais. Essa legitimação das razões de filmar também deve ser imposta ao juiz, que precisa fundamentar sua decisão com consistência, apreciando todos os argumentos favoráveis e contrários à utilização da prova. A preocupação maior é definir qual critério é o melhor para justificar a validade da prova. A definição desse critério deve ser feita com base na tópica, a partir do problema, ou seja, o caso concreto é um redutor de complexidade e, ao mesmo tempo, o revelador de qual a melhor solução hermenêutica para preservar a privacidade ou os eventuais direitos fundamentais em colisão. É preciso conviver com a evolução da tecnologia, mas é indispensável que haja uma compatibilização desses avanços com o respeito ao direito fundamental da privacidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Privacidade Motivada; Retórica; Sociedade do Risco.

ABSTRACT

The thesis is focused on the following problem: which would be the criterion for the validation of the proof obtained by the camera filming, in the speech of the judiciary, considering the characteristics of the society of spectacle, risk and consumption we live in, in which the State and its citizens are constantly filming all individuals? The issue is analyzed through a rhetoric perspective and, therefore, seeks to establish some *topoi* that allow its examination. The thesis seeks to justify that video evidence is generally admitted for criminal prosecution in a court of law. In civil cases its admittance depends on the analysis of the situation presented. Finally, in labor matters, the use of video evidence is prohibited as a general rule, excepted only when related to issues of safety. Intimacy, in our time, must be compatible with other fundamental rights, fulfilling a necessary social role. In this context, any video evidence can only be validated, in a court of law, if motivated by a higher interest. For the disclosure of any footage, the control of the motive is the key to determine the scope of the right to privacy. That content cannot be defined in advance and the rhetorical control of the arguments is what will make possible to expand the fundamental rights. The legitimation of the reasons why the video was made should also be imposed to the judge, who must base his decision with consistency, analyzing all the arguments in favor and against the admittance of the footage as an evidence. The biggest concern is deciding what is the best criterion to justify the validity of the proof. The definition of this criterion must be based on topical logic, starting from the problem. In other words, it is the case that reduces the complexity of the affair and, at the same time, reveals what is the best hermeneutical solution to preserve the right to privacy or to preserve any fundamental rights in collision. We must accept the technological evolution, but it is essential that there must be a compatibility between these advances and the respect to the fundamental right of privacy.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Motivated Privacy; Rhetoric; Risk Society.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: QUAL GRAU DE PRIVACIDADE DEVE SER RECONHECIDO QUANDO TODOS SÃO PERMANENTEMENTE FILMADOS? DA RETÓRICA VIESTE E PARA A RETÓRICA RETORNARÁS.....	14
1 PARA ALÉM DO TEXTO CONSTITUCIONAL. A NECESSÁRIA COMPREENSÃO DA INVARIÂNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS INDEPENDENTEMENTE DO TEXTO E DA PRÁXIS CONSTITUCIONAL: A ILUSÃO NECESSÁRIA OU A REALIDADE DESENCANTADA.	26
1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO	26
1.2 SUPERAÇÃO DA EXISTÊNCIA ONTOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A PREVALÊNCIA DA CONCEPÇÃO RETÓRICA.	32
1.3 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOBRE COMO IDENTIFICÁ-LOS. NEM TODO DIREITO É FUNDAMENTAL. A INFLAÇÃO DE PSEUDOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
1.4 A INEXAURIBILIDADE DO ROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. A HISTORICIDADE E A MUTAÇÃO COMO FORÇAS DETERMINANTES DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	46
2 O CONTEÚDO (NÚCLEO) ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A QUESTÃO DOS LIMITES DOS (AOS) LIMITES (“SCHRANKEN-SCHRANKEN”).	52
2.1 DO ESTABELECIMENTO DA TEORIA DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	52
2.2 A TEORIA ABSOLUTA. A POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO EM ABSTRATO DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. O ALCANCE A <i>PRIORI</i> DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	56
2.3 A TEORIA RELATIVA E A NECESSIDADE DO CASO CONCRETO PARA DELIMITAR O ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. O REALISMO JURÍDICO INFLUENCIANDO A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS...58	58

2.4 DA SUPERAÇÃO DA BUSCA PELA DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DO RECONHECIMENTO DO CARÁTER RETÓRICO DO CONTEÚDO ESSENCIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	61
3 O DIREITO À PRIVACIDADE EM FACE DA SOCIEDADE DE RISCO, DO ESPETÁCULO E DO CONSUMO. QUE GRAU DE PRIVACIDADE AINDA SUBSISTE NESSE TIPO DE SOCIEDADE?.....	71
3.1 O CONCEITO DE DIREITO À INTIMIDADE. O PROBLEMA DA (UTILIDADE DA) DISTINÇÃO ENTRE INTIMIDADE E PRIVACIDADE. DO DIREITO DE ESTAR SÓ À PRIVACIDADE MOTIVADA.	71
3.2 A SOCIEDADE DE RISCO INFLUENCIANDO O DIREITO PENAL E O ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL.	80
3.3 A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO E O DIREITO CIVIL. A NECESSIDADE DE SER VISTO COMO FORMA DE PERTENCIMENTO À SOCIEDADE DO ESPETÁCULO.	86
3.4 A SOCIEDADE DO CONSUMO E O DIREITO DO TRABALHO. A ESCRAVIDÃO MODERNA.	91
3.5 O MUNDO REAL É VIRTUAL E O MUNDO VIRTUAL É REAL. <i>O BIG BROTHER SOCIAL</i> . QUE GRAU DE INTIMIDADE É IRRENUNCIÁVEL? A NECESSIDADE DE REDEFINIÇÃO DO ESPAÇO DE PRIVACIDADE EM PROL DA UTOPIA DE SEGURANÇA.....	96
4 A QUESTÃO PENAL E AS FILMAGENS EM AMBIENTES PÚBLICOS E PRIVADOS.....	104
4.1 A IMPUNIDADE COMO UMA FALHA DO SISTEMA QUE DEVE SER EVITADA. O COMBATE À IMPUNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA VÍTIMA E DA SOCIEDADE.	104
4.2 DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PRODUÇÃO DE PROVA E A NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CASO CONCRETO PARA A DECRETAÇÃO DE UMA PROVA ILÍCITA.	114
4.3 A SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DE UM CRIME COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DA UTILIZAÇÃO DAS FILMAGENS. AS FILMAGENS DO	

FLAGRANTE SÃO PARA O PROCESSO E NÃO PARA A IMPRENSA. AS FILMAGENS SERVEM COMO PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA DE UM CRIME.....	122
4.4 É POSSÍVEL DETERMINAR A INTERCEPTAÇÃO DAS CONVERSAS ENTRE UM PRESO E SEU ADVOGADO QUANDO HÁ SUSPEITA DE QUE O ADVOGADO ESTÁ PRATICANDO CRIMES. AMEAÇAS E RECADOS PARA OUTROS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NÃO SÃO PROTEGIDOS PELA AMPLA DEFESA.....	128
4.5 A INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL E O DIREITO DE NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI MESMO. A GRAVAÇÃO DE CONVERSAS INFORMAIS COM PRESO É UM INTERROGATÓRIO CLANDESTINO OU TÉCNICA DE DOCUMENTAÇÃO?	133
4.6 A VALIDADE DAS FILMAGENS QUE COMPROVAM A EXISTÊNCIA DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE.....	139
4.7 AS FILMAGENS QUE COMPROVAM A EXISTÊNCIA DE CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DA RELATIVIDADE DA INTIMIDADE DO AGENTE PÚBLICO E DO INTERESSE PÚBLICO A JUSTIFICAR A VALIDADE DE QUALQUER FILMAGEM.....	142
4.8 O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E A FILMAGEM. O RÉU AZARADO E A VALIDADE DAS PROVAS ENCONTRADAS ALEATORIAMENTE. O PROBLEMA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS EM ESCRITÓRIOS DE ADVOGADOS.....	144
4.9 DA NÃO EXISTÊNCIA DO DIREITO À PALAVRA COMO OBSTÁCULO ÀS GRAVAÇÕES AMBIENTAIS.....	147
4.10 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES AO LEGISLADOR. A POSSIBILIDADE DE GRAVAÇÕES AMBIENTAIS INDEPENDENTE DE PREVISÃO NA LEI.....	149
5 AS FILMAGENS EM AMBIENTES PÚBLICOS E PRIVADOS E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE	153
5.1 A PRAÇA E O JARDIM. A CONFUSÃO ENTRE O LOCAL PÚBLICO E O LOCAL PRIVADO. A VALIDADE DAS FILMAGENS NÃO É DEFINIDA PELO LOCAL DE	

SUA REALIZAÇÃO, MAS SIM PELO FUNDAMENTO DE FILMAR E DIVULGAR O CONTEÚDO DA FILMAGEM.	153
5.2 É LÍCITA A FILMAGEM DE CONTEÚDO DE CELULAR EM AMBIENTES PÚBLICOS? A TELA DO NOTEBOOK DOS MINISTROS DO STF É INVOLÁVEL? A CÂMERA DE APROXIMAÇÃO INUTILIZA A PROVA.	164
5.3 O DETETIVE PARTICULAR E A INTIMIDADE. ARAPONGAS PODEM VALIDAMENTE SEGUIR UM INDIVÍDUO POR UMA CAUSA NOBRE. PAPERAZZI E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	169
5.4 PESSOAS PÚBLICAS TÊM DIREITO À INTIMIDADE. NÃO É A NOTORIEDADE ARGUMENTO ÚNICO PARA JUSTIFICAR A DIVULGAÇÃO DE IMAGENS. A SÁTIRA É UM INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DESDE QUE UTILIZADA DE MODO EQUILIBRADO.....	176
6 A FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR E AS FILMAGENS EM AMBIENTES PÚBLICOS E PRIVADOS.....	185
6.1 A FILMAGEM PERMANENTE DO AMBIENTE DE TRABALHO SÓ PODE SER VÁLIDA QUANDO RELACIONADA COM A SEGURANÇA DO ESTABELECIMENTO. A ILICITUDE DAS FILMAGENS COMO FORMA DE CONTROLE DE PRODUTIVIDADE DO EMPREGADO.	185
6.2 DA ILICITUDE DO COMPORTAMENTO DO EMPREGADOR QUE CONTRATA PESSOAS PARA FILMAR O COMPORTAMENTO DOS EMPREGADOS FORA DO AMBIENTE DE TRABALHO.....	192
6.3 DAS CÂMERAS EM SALA DE AULA DO ENSINO FUNDAMENTAL COMO LIMITADOR DO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA. O LITTLE BROTHER É INCONSTITUCIONAL.....	196
CONCLUSÃO: A PRIVACIDADE MOTIVADA. O DIREITO À PRIVACIDADE NÃO É ABSOLUTO, DEVENDO PREVALECER SE EXISTIR UM FUNDAMENTO LEGÍTIMO NO CASO CONCRETO.....	201

INTRODUÇÃO: QUAL GRAU DE PRIVACIDADE¹ DEVE SER RECONHECIDO QUANDO TODOS SÃO PERMANENTEMENTE FILMADOS? DA RETÓRICA VIESTE E PARA A RETÓRICA RETORNARÁS.

Há um consenso de que os direitos fundamentais ostentam a condição de tema de vital grandeza e densidade. Na nossa era, são o núcleo valorativo do ordenamento jurídico e fundamento de validade da atuação de todos os poderes do Estado e até mesmo dos particulares.

Foram necessárias várias guerras e muito sangue para que fosse reconhecido esse *status* aos direitos humanos, todavia, ainda existe uma grande dificuldade de se delimitar o alcance de alguns direitos fundamentais, bem como de administrar as inevitáveis colisões entre esses direitos.

A nossa sociedade tecnológica faz com que seja extremamente fácil captar imagens das pessoas no seu cotidiano, como, por exemplo, por meio de um celular ou de uma câmera de segurança. Ocorre que essas imagens podem demonstrar a prática de crimes, de situações embaraçosas ou, ainda, o descumprimento de normas da relação de emprego. Surge, então, o problema central de nossa tese: qual o critério para a validação das provas obtidas mediante a filmagem, no discurso do judiciário, considerando o direito fundamental a privacidade e as características da sociedade de risco, espetáculo e consumo em que vivemos, e na qual o Estado e os particulares filmam constantemente todos os indivíduos?

Para a análise desse problema será adotada a retórica como referencial teórico. Retórica que tem uma tradição milenar e era difundida na Idade Média na condição de uma das disciplinas do *Trivium*².

¹ Conforme se justificará em item específico (3.1), as palavras privacidade e intimidade foram empregadas como sinônimas ao longo da tese.

² Miriam Joseph destaca que “A retórica é a arte mestra do trivium, pois ela pressupõe e faz uso da gramática e da lógica; é a arte de comunicar através de símbolos as ideias relativas à realidade.” (JOSEPH, Miriam. **O Trivium**: as artes liberais da lógica, gramática e retórica. São Paulo: Realizações, 2008 p. 28).

Entre as diversas formas de abordar a retórica será adotada a proposta por Adeodato³, com base em Friedrich Nietzsche e Ottmar Ballweg que a divide em três níveis, a saber: as retóricas material, estratégica e analítica.

A retórica material aborda o problema do relato vencedor. Aquilo que costumeiramente se confunde com a verdade fática, nada mais é do que a narrativa mais aceita no ambiente. Quanto mais pessoas concordarem com o relato vencedor mais real ele será, estando esse relato constrangido pelo controle público da linguagem. Adeodato⁴ vai ensinar que:

A retórica material cuida dos fatos, esses relatos intersubjetivos sobre outras relações comunicativas, elaborados segundo a percepção de cada um e em sua interação, sempre utentes com utentes (assim se chamam os usuários, os participantes do discurso). Essa dimensão material corresponde ao método.

A retórica estratégica busca servir de instrumento para alterações da retórica material ou, como leciona Adeodato⁵:

A retórica prática, ou estratégica, já é reflexiva, constitui um primeiro grau da metarretórica sobre a retórica material, que parte dela e a ela retorna para reconstituí-la, isto é, interferir sobre ela [...] é literalmente uma metodologia (teoria dos métodos da retórica material).

A retórica estratégica terá um importante papel no direito, uma vez que é essa parte da retórica a responsável por ensinar a decidir, a estabelecer o como decidir, fixando a teoria da decisão⁶.

A retórica analítica é neutra, no sentido de não realizar um juízo de valor sobre as retóricas material e estratégica, mas sim apenas verificando a utilização das figuras de linguagem e dos *topoi*. Ballweg⁷ vai afirmar que:

³ Sem olvidar a longa tradição da retórica e diversas visões consagradas como a de Ballweg adotar-se-á a linha retórica proposta por Adeodato, em virtude das vantagens científicas decorrentes da repartição em três níveis da retórica e de sua inclusão dentro da Filosofia.

⁴ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

⁵ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.

⁶ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p 230.

⁷ BALLWEG, Ottmar. Retórica Analítica e Direito. Trad. João Mauricio Adeodato. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C.B. **Filosofia e teoria geral do direito**: estudos em homenagem a

A retórica analítica diferencia-se das retóricas práticas e material por não estar submetida aos constrangimentos destas, quais sejam: a obrigatoriedade de estabelecer normas, a obrigatoriedade de decidir, a obrigatoriedade de fundamentar e a obrigatoriedade de interpretar.

É fundamental também desmistificar a reducionista visão de que a retórica se confunde com mero ornamento, enfeite do discurso. Ao contrário, como destacado por Adeodato⁸, “a Retórica é em qualquer sentido uma forma de ação, sem dúvida, uma das mais civilizadas delas”.

A partir dessa divisão da retórica, será analisada a teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁹, expondo as suas divisões mais conhecidas: teoria absoluta e teoria relativa. A teoria absoluta defende que é possível definir em abstrato o núcleo essencial de um direito fundamental¹⁰, enquanto a teoria relativa aponta a necessidade do caso concreto para encontrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Posteriormente, serão analisadas as vantagens e desvantagens dessas teorias para aplicá-las ao direito fundamental da privacidade, bem como as suas superações através do reconhecimento do caráter retórico do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Dentre as diversas questões que a tese abrangerá, é importante frisar que a noção do caso concreto, enquanto parâmetro de argumentação, perpassará todo o texto, uma vez que há a opção por uma abordagem tópica com prevalência do problema.

Não se tem a ilusão de encontrar uma resposta universal, válida, peremptória e eterna, para esse e outros casos de direitos fundamentais, pois, como lembra Jorge Reis Novais¹¹:

Tércio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 970.

⁸ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 2.

⁹ Essa teoria está prevista expressamente no artigo 53.1 da Constituição Espanhola de 1978 e no artigo 19.2 da Constituição Alemã de 1949.

¹⁰ Pulido lembra que na Alemanha Kruger e Haberle defendem essa teoria e lembrando Parejo “existe un límite absoluto, cuya transgresión afectaría al contenido esencial” (PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. MADRID: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 410).

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 51.

[...] ainda que fosse possível chegar a uma única teoria correcta – o que, no fundo, nunca seria mais que uma vitória temporária e precária dos preconceitos de uns sobre os preconceitos de outros -, tudo o que se seguiria acabaria por ser, como num círculo vicioso, deslocar e substituir a controvérsia aparentemente decidida por uma nova discussão sobre a interpretação e concretização correctas da grande teoria no particular caso de direitos fundamentais que importasse solucionar.

De fato, alguns pensadores do direito abandonaram a crença da existência de uma verdade¹² universal e atemporal, mas o objetivo da justiça continua. Samuel Freedman¹³ leciona que:

The objective of a criminal Trial is justice. Is the quest of justice synonymous with the search for truth? In most cases yes. Truth and justice will emerge in a happy coincidence. But not always. Nor should it be thought that the judicial process has necessarily failed if justice and truth do not end up in perfect harmony. Such a result may follow from law's deliberate policy... The law makes its choice between competing values and declares it is better to close the case without all the available evidence being put on the record. We place a ceiling price on truth. It is glorious to possess, but not at an unlimited cost.¹⁴

Ciente dessas limitações, a análise retórica é a mais adequada para o enfrentamento do problema.

A evolução tecnológica nos colocou de frente para as câmeras. Somos filmados nas ruas, nos *shoppings*, nos supermercados, nos bancos, na universidade, e até nas casas de nossos amigos. Será que ainda se pode falar em privacidade numa sociedade em que todos filmam todos o tempo todo?

¹² Com toda a dificuldade de definir a verdade, é de lembrar-se a clássica frase de Vicente Huidobro: “Os quatro pontos cardeais são três: o sul e o norte” *Apud* LUCCHESI, Marco. **O dom do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2010.

¹³ FREEDMAN, Samuel. Admissions and confessions. In: SALHANY, Roger; CARTER, Robert. **Studies in canadian criminal evidence**. Toronto: Butter Worths, 1972, p. 99.

¹⁴ O objetivo de um julgamento criminal é a justiça. É a busca da justiça sinônimo da busca da verdade? Na maior parte dos casos, sim. Verdade e justiça devem emergir em feliz coincidência. Mas nem sempre. Nem deve ser pensado que o processo judicial tenha necessariamente falhado se justiça e verdade não acabem por terminar em perfeita harmonia. Tal resultado pode ocorrer por força de deliberada política legislativa... A lei faz a sua escolha entre valores concorrentes e declara que é melhor encerrar o processo sem que toda possível evidência seja trazida a registro nos autos. Nós damos à verdade um valor supremo. De fato o ideal é alcançá-la, mas não a qualquer preço. (tradução nossa)

Recentemente, uma escola americana¹⁵ foi condenada por ter filmado, através da câmera de um *notebook*, o comportamento de um aluno no seu quarto. É possível hoje sermos filmados através de nosso próprio celular¹⁶. Há uma grande preocupação com o esvaziamento do conteúdo do direito à privacidade.

¹⁵ Eis o caso (PAYTON, Theresa; CLAYPOOLE, Theodore. **Privacy In: the Age of Big Data**. Maryland: Rowman e Littlefield. 2014, p. xi): “Teenager Blake Robbins thought his bedroom was private. In 2009, Blake was a student at Berwin High School, in the Lower Merion School District near Philadelphia. The Lower Merion School District sponsored a laptop-computer-loan program, and Blake took advantage of it, borrowing one of the school’s laptops to help him with his homework. On November 11, 2009, Blake arrived at school in the morning and was called to the office of Assistant Principal Lindy Matsko. She informed Blake that the school district believed he was engaging in improper behavior in his home, and cited as evidence a photograph from the webcam embedded in the laptop computer loaned to him. The school district later admitted remotely accessing school laptops to secretly snap pictures of students (and others) in their homes, to capture the students’ chat logs, and to keep records of the websites that the students visited. The software used to spy on students was a remote capture program supposedly included on these systems to prevent theft or loss of the equipment (as if geolocation trackers would not be enough). School technologists sent the secret pictures to servers at the school, and school administrators reviewed and shared the pictures.” (O Adolescente Blake Robbins pensou que seu quarto era um espaço privado. Em 2009, Blake era um estudante na Berwin High School, no Distrito Escolar Lower Merion perto de Filadélfia . O Lower Merion School District patrocinou um programa de entrega em empréstimo de computador portátil aos estudantes, e Blake dele fez uso, tomando por empréstimo um dos laptops da escola para ajudá-lo com sua lição de casa. Em 11 de novembro de 2009, Blake chegou à escola de manhã e foi chamado ao gabinete da assistente do diretor Lindy Matsko. Ela o informou que a escola acreditava estar ele envolvido em comportamento inadequado em seu quarto, e utilizou como prova uma fotografia da webcam embutida no computador laptop emprestado a ele. A escola mais tarde admitiu acessar remotamente laptops escolares para secretamente tirar fotos de alunos (e outros) em seus quartos, para capturar informações dos “chats” de bate-papo dos alunos, e manter registros dos sites que os alunos visitaram. O software utilizado para espionar os estudantes foi um programa de captura remota supostamente incluído nesses sistemas para evitar o roubo ou perda do equipamento (como se rastreadores de localização geográfica não fossem suficientes). Tecnólogos da escola enviavam as fotos secretas para servidores da escola, e os administradores da escola revisavam e compartilhavam as fotos). (tradução nossa)

Andrews também destaca que (ANDREW, Lori. **I Know who you are and I saw what you did**. New York: Free Press, 2011, p 111): “The Macbook was more than Blake’s window into the world. It was also the world’s window into Blake’s bedroom. Unbeknownst to Blake, the camera on his school-issued laptop was peering into his private life. The laptop would take a picture through its webcam, capture a shot of the laptop’s screen, and transmit the images to the school district’s network every 15 minutes every time he logged in or out, and whenever the laptop came out of sleep mode.” (O Macbook era mais do que a janela de Blake para o mundo. Ele também foi a janela do mundo para o quarto de Blake. Sem o conhecimento de Blake , a câmera em seu laptop era a porta de entrada para a sua vida privada. O laptop tiraria foto através da webcam e a capturaria na tela, para transmitir as imagens para a administração escolar a cada 15 minutos toda vez que o equipamento estivesse ou não “logado”, e mesmo que o laptop estivesse no modo de suspensão). (tradução nossa)

¹⁶ O risco do celular é bem retratado na seguinte passagem (PAYTON, Theresa; CLAYPOOLE, Theodore. **Privacy In: the Age of Big Data**. Maryland: Rowman e Littlefield, 2014, p. 99): “Smartphones also sense and collect images. Most smartphones sold today have two cameras, one in the back for taking pictures and video of your surroundings, and one on the front to allow you to Skype, Snapchat, or videoconference with other people, so that you can see each other’s faces as you interact. Phone-front cameras could one day allow screen scrolling by watching eye movement or air gestures you make with your hands or head. Cell phone cameras are changing the face of photography, news reporting, law enforcement, and society, since many of the witness to unusual scenes can document on video what used to be simply described in firsthand accounts. However, when you have a computer connected to the Internet, it is possible for someone you don’t know to

Trata-se de uma questão complexa que inviabiliza uma hipótese simples e absoluta. O tema é amplo, sendo indispensável um corte metodológico, que será feito ao se delimitar o confronto da privacidade com as filmagens. Outros aspectos importantes da privacidade, como por exemplo as interceptações telefônicas, não serão analisados, a fim de permitir um aprofundamento sobre o nosso problema central.

É certo que existem várias atividades humanas que devem ser preservadas pela intimidade,¹⁷ mas, como será demonstrado, precisamos interpretar esse direito fundamental de modo equilibrado, à luz de cada caso concreto.

Há inúmeras questões mal resolvidas acerca do tema. É de destacar-se que essas dificuldades não são peculiaridades do direito brasileiro, mas, problemas mundiais, como lembra Maria de Fátima Mata-Mouros¹⁸, ao afirmar que:

A insuficiência da resposta dada até hoje pela jurisprudência constitucional às grandes questões referentes à tutela da vida privada, concretamente no âmbito do processo penal, é confirmada pela Conselheira Maria Fernanda Palma, ao sublinhar que a intervenção do Tribunal Constitucional foi suscitada em casos nem sempre atinentes ao núcleo dos problemas que se

turn on your computer's camera or its microphone to sense where you are and what you are doing at any time. Though it takes sophisticated malicious software to do this in a sneaky fashion, it certainly is possible for law enforcement, a foreign government, or a prospective thief to listen into your life even if you thought your smartphone was inactive. This is what happens when you carry a remotely driven camera and microphone with you all the time." (*Smartphones detectam e coletam imagens*. A maioria dos *smartphones* vendidos hoje tem duas câmeras, uma na parte traseira para tirar fotos e vídeo do seu entorno, e uma na parte da frente para permitir acesso ao *Skype*, ao *Snapchat* ou para fazer videoconferência com outras pessoas, de modo que possam ser vistos os que se comunicam enquanto se interagem. As câmeras frontais do telefone poderiam um dia permitir a rolagem da tela, observando o movimento dos olhos do operador ou gestos ao ar feitos com as mãos ou cabeça. Câmeras de telefones celulares estão mudando a cara da fotografia, jornalismo, atuação da ordem jurídica e a sociedade, uma vez que muitas das testemunhas de cenas inusitadas podem documentar em vídeo o que costumava ser descrito com simplicidade em relatos de primeira mão. Todavia, quando você tem um computador conectado à internet, é possível que alguém que você não conhece possa ligar a câmera do seu computador ou seu microfone para saber onde você está e o que você está fazendo a qualquer momento. Apesar de exigir um *software* malicioso sofisticado para fazer isso de uma forma sorrateira, é certamente possível que, para efeito de aplicação da lei, de atuação de um governo estrangeiro, ou da iniciativa de um ladrão em potencial, que seja invadida a sua privacidade, mesmo que você pense que o smartphone esteja inativo. Isto é o que acontece quando você carrega o tempo todo consigo uma câmera de ação remota e um microfone). (tradução nossa)

¹⁷ Greenwald destaca que: "A privacidade é indispensável para uma ampla gama de atividades humanas. Se alguém liga para um S.O.S Suicídio, vai a uma clínica de aborto, frequenta um site de sexo virtual, marca uma consulta em uma clínica de desintoxicação ou começa o tratamento de alguma doença, ou então se um delator liga para um jornalista, irá querer manter esses atos na esfera privada por motivos que não tem a ver com ilegalidade ou mau comportamento" GREENWALD, Glenn. **Sem Lugar para se esconder**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2014, p. 194.

¹⁸ MATA-MOUROS, Maria de Fátima. **Juiz das liberdades**: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra: Almedina, 2011, p. 213.

colocam neste âmbito, e reconduzindo-se as principais questões tratadas pela jurisprudência constitucional à temática dos meios de prova e métodos de prova previstos na lei processual penal o que deixa, até o presente, praticamente por tratar os grandes problemas que se colocam no confronto entre a esfera de privacidade das pessoas e as medidas de investigação criminal, numa perspectiva de conformidade material com a Constituição.

Como exemplo de casos difíceis¹⁹ relacionados ao tema e que serão abordados ao longo da tese, podemos citar²⁰:

- a) possibilidade, ou não, de o juiz autorizar uma interceptação ambiental entre o preso e o seu advogado;
- b) possibilidade, ou não, de ser autorizado o cumprimento de um mandado de busca durante a madrugada, e contra o texto expresso de nossa Constituição, para tornar exequível a interceptação ambiental;
- c) a hipótese de particular efetuar, com uma câmera escondida, a gravação ambiental de uma conversa ou a prova de um crime na residência do suspeito, sem que haja ciência da gravação;
- d) a gravação ambiental viola o direito de não produção de provas contra si mesmo²¹?

¹⁹ Para usar a linguagem de Dworkin. Ver DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127 e seguintes.

²⁰ A recente decisão 79/2012 do Tribunal Supremo Espanhol, que puniu o juiz Baltasar Garzón por ter determinado a interceptação ambiental de conversas entre réus e advogados, e a decisão da Suprema Corte Americana, de outubro de 2011, no caso *United States x Jones*, que tratou da colocação de GPS no carro de um suspeito de crime (onde se abordam também as questões relativas à interceptação ambiental), dão a dimensão da atualidade da questão. Deve-se lembrar que o tema se enquadra na proposta de transconstitucionalismo, defendida por Marcelo Neves, quando afirma que “o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas estão entrelaçadas na solução de um problema caso constitucional– a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder -, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro” NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 297.

²¹ Nessa palpitante questão, devemos lembrar a advertência de Manuel da Costa Andrade: “Quando na pertinente formulação de ROXIN, esteja em causa uma auto-incriminação induzida pelo Estado através de erro (*Staatlich veranlasster Irrtumsbedingter Selbstbelastung*). De outra forma, só por masoquismo irão as autoridades recorrer ao interrogatório formal, tão onerado de exigências

- e) deve-se admitir a interceptação ambiental para investigação de qualquer crime?
- f) na hipótese de gravação de conversas informais entre os presos ou deles com a polícia, há violação à regra constitucional que exige o direito de informar ao preso sobre o seu direito de ficar calado?
- g) a fraude na obtenção de prova (*entrapment*) quando há abuso de confiança ou a afirmação peremptória de que a conversa não estaria sendo gravada torna a prova nula?
- h) a captação, através de uma câmera de aproximação,²² de conversas efetuadas em locais públicos é válida como meio de prova?

Essas e outros aspectos do problema central serão abordados com o objetivo de construir, de modo inédito, padrões argumentativos que auxiliem os operadores do direito a maximizar os direitos fundamentais do réu, da sociedade e da vítima, procurando equilibrar o combate ao crime com o respeito aos direitos fundamentais.

Esses padrões também serão testados no ambiente civil e trabalhista, a fim de resolver importantes questões como: a) os limites ao direito do empregador de filmar o empregado no seu ambiente de trabalho; b) a análise da atuação dos *paparazzi* e a existência de intimidade mesmo para as pessoas públicas.

Deve-se argumentar juridicamente sobre o tema no sentido apontado por Tércio Sampaio Ferraz Jr²³:

garantísticas e tão aleatório no seu resultado, se, afinal, tiverem ali à mão, num espaço vazio de direito, a possibilidade de obter informação através de conversas pretensamente privadas (*scheinbares Privatsprache*), sem necessidade de esclarecimento, sem o risco de uma proibição de prova e com o mesmo ou melhor resultado, em princípio, garantido.” ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação: Plädoyer para uma teoria geral. In: BONATO, Gilson (Org.) **Processo Penal Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²² Anderson Schereiber lembra que: “A invasão de privacidade já alcançou o Supremo Tribunal Federal. Ao contrário do que se poderia imaginar à primeira vista, não se faz referência aqui a algum dos precedentes examinados pela corte, mas à captação e divulgação de diálogo mantido por e-mail por dois ministros durante importante sessão de julgamento. A troca de mensagens, captada pela câmera potente de um repórter que acompanhava a sessão, foi divulgada na imprensa, expondo o confidencial intercâmbio de impressões sobre o caso em exame, incluindo cifradas especulações sobre os votos dos demais ministros, um deles referido simplesmente como o Cupido”. SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. Atlas: São Paulo, 2011, p. 139.

Argumentar jurídicamente significa actualmente y de un punto de vista retórico tomar el derecho como imposición normativa de un orden de distribución, conforme a principios de justicia, que admiten dos posibilidades tipológicas que podemos denominar tópica formal y tópica material... esa doble posibilidad de argumentación tópica, centrada y fundamentada en la percepción de la justicia como tema central del raciocinio tópico en el derecho, repercute en la actividad argumentativa jurídica y se manifiesta en el enfoque de la justicia a veces como justeza (relación/subsunción), otras como sentido de lo justo (absoluto/ponderación).

É importante tentar elaborar uma leitura jurídica do fenômeno, pois não se pode, sem uma reflexão crítica, aceitar passivamente essa vigilância permanente. Ao contrário, é indispensável estabelecer os limites jurídicos para essa realidade, pois como destacou Bruno Lewicki²⁴:

Os avanços tecnológicos não podem, não devem, ser pura e simplesmente detidos e isto nos levará a conviver com níveis de vigilância cada vez maiores. Nossa sociedade parece gradativamente incapaz de deliberar sobre o grau de vigilância que deseja para si mesma; mas que não se perca de vista a possibilidade de se debater, senão a vigilância em si, ao menos a extensão dos seus efeitos. Será progressivamente maior o recurso ao conceito de proporcionalidade: as câmeras, por exemplo, podem ser incontornáveis, mas é preciso saber se há consonância entre o que elas filmarão e o motivo que justifica o registro que será feito com as imagens, entre outras questões.

A escolha por começar a introdução com uma pergunta tem dois objetivos claros: o primeiro é demonstrar a preocupação com o problema e não com uma solução provisória, o que revela a opção pelo método tópico de abordagem ao longo da tese; O segundo é procurar estabelecer que no tema da intimidade não se podem separar teoria e prática, pois, igualmente, não adianta ter apenas na teoria o direito à intimidade²⁵.

²³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Tópica Jurídica. In: **Revista Brasileira de Filosofia**, ano 61, v. 239, jul-dez 2012, p. 218.

²⁴ LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol. 27, jul-set 2006, p. 218.

²⁵ Keizer afirma que (KEIZER, Garret. **Privacy**. New York: Picador, 2012, p. 65): "Many of us think of privacy as an abstract principle that we apply to particular breaches of confidence, violations of trust, or infringements on our freedom- and to some extent, it is. Trace its judicial and legislative history, however, and you find privacy emerging not so much from the philosophical ether as from specific grievances. The fourth amendment, for example, was not deduced from ideals found in Plato or John Locke; it was based on the hateful memory of unreasonable searches and seizures at the hands of British troops." (Muitos de nós pensamos em privacidade como um princípio abstrato que se aplica às violações específicas de intimidade, violação de confiança ou de infrações à nossa liberdade e, em certa medida, é. Trace a sua história judicial e legislativa, no entanto, e você encontra o direito à

O caminho da tese será bosquejado nos termos abaixo descritos.

O primeiro capítulo tem por objetivo destacar a importância dos direitos fundamentais como centro valorativo do ordenamento jurídico, procurando reconhecer a existência de uma estabilidade do discurso ou mesmo invariância mínima de conteúdo para a análise retórica. Dentre os diversos modelos retóricos, optar-se-á pela adoção de um grau mínimo de invariância em detrimento daqueles que zeram a possibilidade desse constrangimento no discurso que envolve os direitos fundamentais. Esse grau mínimo de invariância será testado à luz do caso concreto.

O segundo capítulo abordará a temática do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, explicando as teorias existentes e adotando a que reconhece o caráter retórico do conteúdo essencial. Firmar-se-á o entendimento de que existe um conteúdo mínimo retórico de direito fundamental, mas ele não pode ser definido em abstrato e nem congelado com ares de definitividade.

O terceiro capítulo busca analisar o conteúdo da sociedade de risco, do espetáculo e do consumo e como esses conceitos vão modificar a noção de intimidade, fazendo com que haja uma mudança do seu âmbito de proteção.

Haverá uma aproximação da sociedade de risco com o direito penal, da sociedade do espetáculo com o direito civil e da sociedade do consumo com o direito do trabalho, a fim de, respeitando as peculiaridades de cada ramo, desenvolver argumentos específicos para a solução do problema em cada uma dessas divisões do direito.

Esse capítulo lançará o *topos* de que as filmagens devem ser consideradas como um meio de prova válido se houver um motivo importante que as justifique. Afirma-se

privacidade emergindo não tanto a partir do éter filosófico mas tendo por base queixas específicas. A quarta emenda, por exemplo, não foi deduzida a partir de ideais encontrados em Platão ou John Locke; ela teve por base a memória odiosa das buscas e apreensões irracionais feitas pelas tropas britânicas). (tradução nossa)

que não é a intimidade um direito fundamental absoluto, porém há exigências para que as filmagens sejam válidas.

O quarto capítulo procurará testar a tese no ambiente penal. Serão analisadas questões peculiares e importantes a esse ramo do direito. Inicialmente será fixada a necessidade da existência do próprio direito penal, para então reconhecer o direito fundamental à produção da prova, sendo a filmagem um meio de prova importante que deve ser utilizado. Fixará, esse capítulo, o *topos* de que todas as filmagens de flagrantes de crime, independente de serem obtidas em locais públicos ou privados, devem ser consideradas como válidas²⁶.

Serão analisados outros argumentos interessantes como a validade das filmagens de crimes contra a humanidade e de crime de corrupção.

O quinto capítulo explorará a discussão a partir do confronto dos direitos de personalidade com as filmagens, buscando estabelecer alguns limites sobre a noção de motivo relevante para a validade de uma filmagem. A tradicional distinção do local da obtenção da filmagem, ou seja, em ambiente público ou privado, não deve ser mais utilizada para validar ou não a prova. Será feita também uma desmistificação da ideia de que pessoas públicas não têm direito à intimidade, além de se procurar analisar os limites ao direito de sátira.

O sexto capítulo pretende abordar o poder fiscalizatório do empregador e os limites das filmagens do empregado feitas no ambiente público e privado. A preocupação de estabelecer limites a esse poder diretivo é o principal desiderato deste tópico.

Feitos esses breves apontamentos do que será tratado neste trabalho e antes de começar a abordar o tema, faz-se mister um esclarecimento relativo à quantidade de notas de rodapé existentes na presente pesquisa. É certo que há uma determinação da ABNT que procura restringir a utilização de notas de rodapé em um trabalho

²⁶ Não se tem uma contradição dessa argumentação com a ideia de análise do caso concreto defendida ao longo do trabalho. Efetivamente, em situações específicas, essa filmagem de flagrante pode não ser válida como no famoso caso em que um motel filmava os usuários, sem obviamente, o conhecimento dos mesmos e ocorreu um homicídio, tendo então a câmera colocada para fins escusos registrado a prova da autoria do crime.

acadêmico, todavia, deve subsistir um mínimo de autonomia para o pesquisador desenvolver o trabalho de acordo com seu estilo literário.

As notas de rodapé explicativas são indispensáveis para permitir a fluidez do texto principal sem privar o leitor de um comentário que agrega valor ao seu conteúdo. Não se trata de exibicionismo do autor ou uma mera burocracia, mas sim uma preocupação de enriquecer o trabalho com informações relevantes que, se incorporadas ao texto principal, tornariam a leitura muito mais cansativa.

A obediência a essa regra burocrática²⁷, que não traz em si a preservação de qualquer valor relevante, seria a total contradição com a tese aqui defendida, no sentido de uma interpretação valorativa dos textos jurídicos, razão pela qual, num exercício de prolepse, tenta-se justificar o número de notas de rodapé.

Explica-se também que, em relação às citações diretas, aquelas que estavam relacionadas ao raciocínio empreendido no texto foram conservadas no corpo deste. As que corroboravam o posicionamento defendido, ou antagonizavam-se a este, foram transcritas nas notas de rodapé.

Cabe também mencionar que há uma preocupação ao longo da tese de trazer questões práticas para o debate. A utilização da jurisprudência²⁸ e da doutrina é realizada com o objetivo de favorecer a análise argumentativa das correntes de pensamento sobre os problemas e não como mero argumento de autoridade²⁹.

²⁷ A flexibilização dessa regra também colabora para preservação de um estilo de escrita que como vários outros é compatível com a seriedade científica e o respeito a academia.

²⁸ Cabe lembrar a precisa advertência de Pieroth e Schlink ao afirmar que “para o estudante é válida a ideia de que não podem ser canonizadas as declarações do Tribunal Constitucional Federal se retiradas do seu circunstancialismo concreto, e de que as fundamentações e as conclusões das decisões carecem sempre de um controle metodológico, antes de serem tomadas como base, por vezes apenas mediante modificação e correção, para a solução de um problema” PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Saraiva: São Paulo, 2012, p 30.

²⁹ Nelson Hungria afirma que “nunca é demais repetir-se que o *usus fori* e *opinio doctorum*, por mais respeito que mereçam, não devem ser tratados como tabus ou exibidos como *roupas de franceses*. O chamado argumento de autoridade deve ser expendido *cum grano salis*, e somente para arrimo ao raciocínio na solução de questões seriamente controvertidas [...] À força de se impregnar de doutrina e jurisprudência, o juiz despessoaliza-se. Reduz sua função ao humilde papel de esponja, que só restitui a água que absorve. Constrói no seu espírito uma parede de apriorismos e preconceitos jurídicos, que lhe tapam as janelas para a vida” HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. I, t. I, p. 73.

1 PARA ALÉM DO TEXTO CONSTITUCIONAL. A NECESSÁRIA COMPREENSÃO DA INVARIÂNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS INDEPENDENTEMENTE DO TEXTO E DA PRÁXIS CONSTITUCIONAL: A ILUSÃO NECESSÁRIA OU A REALIDADE DESENCANTADA.

Sumário. 1.1 Os direitos fundamentais como centro do ordenamento jurídico 1.2 Superação da existência ontológica dos direitos fundamentais. A prevalência da concepção retórica. 1.3 Conceito de direitos fundamentais e sobre como identificá-los. Nem todo direito é fundamental. A inflação de pseudos direitos fundamentais. 1.4 A inexauribilidade do rol de direitos fundamentais. a historicidade e a mutação como forças determinantes de novos direitos fundamentais

1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Fica o não dito por dito³⁰.

Há um consenso em nosso tempo no sentido de que os direitos fundamentais³¹ devem ocupar o centro axiológico e jurídico da vida das pessoas. Infelizmente, esse é o único consenso, pois quando se trata de debater outros pontos – como quais são os direitos fundamentais, sua extensão, seu âmbito de proteção, suas restrições, suas exceções, suas características, seu modo de resolução das colisões, a possibilidade de sua existência independentemente de previsão no ordenamento

³⁰Poema de Ferreira Gullar inserto na obra GULLAR, Ferreira. **Em alguma parte alguma**. São Paulo: José Olympio. 2010. p 7 Em um trecho do poema escreve o poeta: “O poema, antes de escrito, antes de ser é a possibilidade, do que não foi dito, do que está por dizer, e que por não ter sido dito, não tem ser, não é senão, possibilidade de dizer, mas dizer o quê?”

³¹ Sobre o tema direitos humanos, é imprescindível lembrar a advertência de Tércio Sampaio, que afirma: “O tema direitos humanos constitui, sem dúvida, preocupação jurídica universal, sendo cabível a sua discussão em qualquer ramo da ciência do direito. Talvez por isso mesmo se trate de tema largamente explorado, em que se torna difícil a palavra nova, e é quase impossível evitar a repetição de velhas fórmulas, o emprego do lugar comum, o que, em um mundo em crise como o nosso, chega até mesmo a banalizar a sua importância. Essa banalização se reduz, muitas vezes, à insistência em tratar do tema com nobres, mas nem sempre convincentes intenções moralizantes, recorrendo o jurista a expressões vazias de sociedades menos complexas como as dos sécs. XVIII e XIX, mas que hoje apenas evocam a figura do bacharel capaz de dizer belas coisas” FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito constitucional**. Manole: São Paulo, 2007, p. 517.

jurídico, a sua eficácia contra atos de particulares, a existência de hierarquias dentre os diversos direitos fundamentais etc., não existe acordo algum.

Importante frisar que esses dissensos refletem a complexidade da temática, um tema inesgotável, uma vez que, com o reconhecimento da inexauribilidade dos direitos fundamentais, caminha-se para novas indagações, por exemplo, em relação à sua proteção no âmbito da internet, o que, por óbvio, não foi pensado antes da existência dessa ferramenta. Assim também, a evolução da medicina forçou a discussão sobre bioética e a extensão dos direitos fundamentais, como na *vexata quaestio* sobre clonagem humana.

A diversidade e a complexidade dos direitos fundamentais servem para demonstrar sua importância.

Efetivamente, se foi um indiscutível avanço a evolução do constitucionalismo para admitir a Constituição como centro do ordenamento jurídico, com a pretensão de criação de um verdadeiro sentimento constitucional³², influenciando o agir de todos os cidadãos, a fim de que a força normativa da Constituição³³ seja implementada, atualmente é preciso colocar os direitos fundamentais como o centro do ordenamento jurídico.

Para além da supremacia do texto da Constituição, temos hoje a supremacia dos direitos fundamentais³⁴, que podem ser apenas implícitos no texto constitucional, podem, ainda, estar fora da Constituição, previstos nos pactos ou tratados internacionais, ou, até mesmo, nem estar previstos em textos legislativos, pois verdadeiros e importantes direitos fundamentais ainda não foram positivados.

³² VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**. Madrid: Editorial Réus, 1985.

³³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

³⁴ Há uma clássica distinção entre direitos humanos como inerentes à condição humana e direitos fundamentais como direitos humanos positivados em determinado ordenamento jurídico. O presente trabalho não adotará essa classificação, uma vez que perdeu sentido a distinção, na medida em que a cláusula de abertura prevista no artigo 5º, §2º da Constituição, a noção de bloco de constitucionalidade e o reconhecimento da inexauribilidade desses direitos a tornam sem efeito prático.

Cabe, então, encontrar um critério que possa definir o caráter de “fundamentalidade” dos direitos ou cairemos na possibilidade de ocorrer uma pulverização ética muito bem apontada por Adeodato³⁵, ao afirmar que:

O direito na sociedade complexa se formaliza em procedimentos autorreferentes: justa (correta, eticamente verdadeira) não é mais esta ou aquela escolha ética, mas sim o que quer que uma autoridade competente e um rito adequado decidam, de acordo com regras fixadas pelo próprio direito positivo.

O risco de o papel aceitar tudo, o problema da paridade³⁶, a isostenia³⁷ e a falta de eficácia dos direitos fundamentais contribuem para uma desilusão com o real papel que os mesmos desempenham. Essa desilusão é percebida de várias formas e em vários níveis. A esse respeito, Pavarini³⁸ aduz que:

Un famoso jurista tuvo que decir, tiempo atrás, que no se puede ser buen penalista si no se tiene también una mala consciencia. Lo mismo podría decirse hoy también del buen criminólogo. El mundo de las seguridades y de la feliz ingenuidad - cuando se podía ser criminólogo de buena fe - ha caducado de manera definitiva, precisamente en el momento en que se ha tomado conciencia de que esta sociedad no podía más explicarse como fundada en el consenso de la mayoría.

Não se pode ceder a essa visão. As inúmeras dificuldades para a implementação dos direitos fundamentais, mais do que significar seu fracasso, têm o importante papel de indicar caminhos, para que anos, décadas ou mesmo séculos depois possa, finalmente, ser efetivado aquele direito que anteriormente era considerado uma utopia.

A luta por reconhecimento³⁹, não apenas jurídico, a necessidade do respeito à diferença, o pluralismo de valores e modos de vida provocam a necessidade de não

³⁵ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 61.

³⁶ Sobre o tema, ver o artigo “Teoria de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes”, de Virgilio Afonso da Silva, em SIECKMANN, Jan-R. **La teoría principialista de los derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

³⁷ Adeodato destaca: “Isostenia (igual força), a base do ceticismo gnoseológico do pirronismo, é a medida equivalente, o grau idêntico de plausibilidade e possibilidade persuasiva entre dois juízos inconciliáveis que provoca a suspensão dos juízos sobre os objetos, sobre o mundo, para assim atingir a ataraxia” ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 426.

³⁸ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1999, p. 171.

³⁹ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. São Paulo: Editora 34, 2009.

apenas tolerar, mas compartilhar e conviver sem a ideia de superioridade⁴⁰ e de antagonismos.

É certo que somos demasiadamente humanos para acreditar que esse projeto possa florescer linearmente. Recaídas autoritárias, tentativas de imposição de um modo de ser e de viver por parte do Estado ou de particulares serão inevitáveis. A grande questão que se coloca é: como os direitos humanos podem ser levados a sério, ou seja, como esses direitos fundamentais conseguiriam impedir o reviver de teorias que discriminam minorias ou majorias⁴¹?

Devemos aceitar que não existe qualquer garantia de que os direitos humanos terão força suficiente para evitar crimes contra humanidade e outras barbáries ou para impedir que os erros do passado se repitam no futuro⁴², mas o ser humano, condenado a conviver com a insegurança de sua finitude e com a imprevisibilidade⁴³, deve ter esperança.

A esperança, que não pode ser meramente romântica, da tomada de consciência de que o texto constitucional, por si só, não basta para o respeito aos direitos humanos. Não se pode ter uma atitude bláse⁴⁴ para com os direitos fundamentais. Ademais, é

⁴⁰ Krohling destaca que “Relacionar-se com o outro é compreender a vida do outro, expressa de forma estruturada culturalmente. Essa vida é um fenômeno do mundo vivido (*Lebenswelt*) e ocorre no plano histórico. Portanto, só compreendemos quando aceitamos a historicidade e alteridade como ela se encontra na outra cultura ou no outro sujeito. Isso é respeitar a dignidade humana” Krohling, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Paulus, 2009, p. 109.

⁴¹ Devemos lembrar que, na África do Sul, os discriminados eram a maioria da população.

⁴² Adeodato destaca que “Pode-se aprender muito com a história, mas não se pode prever o futuro, que não existe. Mais ainda, a concepção retórica parte da suposição de que os fenômenos históricos jamais se repetirão e todo evento é único.” ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 50.

⁴³ Hannah Arendt destaca sobre essa imprevisibilidade: “A imprevisibilidade, que o ato de fazer promessas dissipa ao menos parcialmente, tem uma dupla natureza: decorre ao mesmo tempo da ‘obscuridade do coração humano’, ou seja, da inconfiabilidade fundamental dos homens, que jamais podem garantir hoje quem serão amanhã, e da impossibilidade de se preverem as conseqüências de um ato em uma comunidade de iguais, onde todos têm a mesma capacidade de agir. A incapacidade do homem para confiar em si mesmo e para ter fé absoluta em si próprio (o que é a mesma coisa) é o preço que os seres humanos pagam pela liberdade; e a impossibilidade de permanecerem como senhores únicos do que fazem, de conhecerem as conseqüências de seus atos e de confiarem no futuro é o preço que pagam pela pluralidade e pela realidade, pela alegria de coabitarem com outros em um mundo cuja realidade é assegurada a cada um pela presença de todos.” ARENDT, Hannah. **A condição humana**. São Paulo: Forense Universitária, 2010, p. 304.

⁴⁴ A essência da atitude blasé consiste na insensibilização do discernimento. Isso não significa que os objetos não sejam percebidos, como acontece com os imbecis, mas que o significado e os diferentes valores das coisas, e portanto as coisas em si, são vivenciadas como ilusórios. À pessoa blasé, eles

preciso muito cuidado para que a humanidade não aumente, como afirma Bauman, sua cegueira moral⁴⁵. Isso não justifica extremos de imposição de uma cultura sobre outra. Encontrar o equilíbrio, milenar recomendação e de tão difícil execução é o projeto dos direitos humanos.

O ideal constitucional foi um significativo avanço, mas hoje devemos reconhecer os direitos fundamentais⁴⁶ para além da própria Constituição e isso se dá, pelo menos, de duas formas.

O direito internacional vem criando e exigindo novos direitos fundamentais que não precisam estar positivados no ordenamento interno de um país⁴⁷, o que significa que há, sim, direitos fundamentais fora da Constituição e que devem ser reconhecidos com esse *status*.

De outra banda, a inexauribilidade dos direitos fundamentais faz com que novos direitos sejam necessários e que haja, antes do reconhecimento formal de sua existência através da positivação do legislador constituinte, a sua afirmação pela doutrina ou pela jurisprudência⁴⁸.

aparecem num tom monótono e cinzento; nenhum objeto merece sua preferência em relação a outro. BAUMAN, Zygmunt, DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda de sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p 55.

⁴⁵ Quando empregamos o conceito de “insensibilidade moral” para denotar um tipo de comportamento empedernido, desumano e implacável, ou apenas uma postura imperturbável e indiferente, assumida e manifestada em relação aos problemas e atribuições de outras pessoas (o tipo de postura exemplificado pelo gesto de Pôncio Pilatos ao “lavar as mãos”), usamos a “insensibilidade” como metáfora; sua localização básica é na esfera dos fenômenos anatômicos e fisiológicos dos quais é extraída – seu significado fundamental é a disfunção de alguns órgãos dos sentidos, seja ela ótica, auditiva, olfativa ou tátil, resultando na incapacidade de perceber estímulos que em condições “normais” evocaram imagens, sons ou outras impressões. BAUMAN, Zygmunt, DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda de sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p 20.

⁴⁶ Serão utilizadas indistintamente as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, por entender ser a distinção artificial e não colaborar para a solução de nenhum problema de aplicação de direitos. Pieroth e Schlink afirmam que “Por um lado, os direitos fundamentais têm uma função jurídico-objetiva pelo fato de limitarem a margem de atuação e de decisão do Estado. O Estado não pode fazer uso arbitrário das suas competências legislativas, administrativas e jurisdicionais, mas apenas pode fazer o uso que os direitos fundamentais permitirem. Estes são limite ou negação das competências do Estado, e nessa medida, normas de competência negativa” PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

⁴⁷ Não se pode esquecer a clássica divergência no Brasil, não solucionada totalmente com a Emenda 45, sobre com qual *status* os tratados internacionais de direitos humanos devem ser incorporados no direito brasileiro.

⁴⁸ Como exemplo pode-se citar a discussão sobre a existência de um direito fundamental de não ser clonado, ou a recente discussão sobre a fixação de uma renda básica como direito fundamental. Sobre esse último tema ver PISARELLO, Gerardo: DE CABO, Antonio. **La renta básica como nuevo**

A nossa Constituição não tem previsão expressa de sua aplicação no mundo virtual, todavia, há de se reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais em relações jurídicas constituídas *on line*.

Esse exemplo bem demonstra o caráter histórico dos direitos fundamentais e o necessário cuidado para compreender que a jornada não terá fim. Ao contrário, sempre surgirão novas questões que demandarão ou um “novo” direito fundamental ou uma resignificação dos direitos já existentes.

De outro modo, há de se reconhecer que nem tudo está na Constituição, existe um espaço que não pode ser resolvido pelo texto. Há preocupação com o excesso de direitos fundamentais e não podemos acreditar que todas as questões serão resolvidas com base neles

Dieter Grimm⁴⁹ afirma categoricamente que:

No cabe esperar, entretanto, que recurriendo a los derechos fundamentales se pueda solucionar armónicamente el conjunto de conflictos religiosos y culturales. Éstos pueden desgarrar sociedades en las que se presentan posiciones contradictorias de difícil conciliación no entre nacionales e inmigrantes, sino atravesando la población originaria, como en Israel.

Não há dúvida de que a liberdade religiosa é um direito fundamental, mas é uma utopia acreditar que essa afirmação, *per se*, tenha o condão de minimizar os grandes conflitos religiosos que abalam o nosso tempo.

derecho ciudadano. Madrid: Trotta, 2006. Alvaro Ricardo Cruz fala em direito fundamental a resposta correta, afirmando “ Desse modo, a resposta correta é um conceito que deve ser compreendido como um direito fundamental que todo cidadão possui de receber a melhor interpretação possível no curso do andamento processual. CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e (m)debate:** o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Forum, 2007, p 241. Daniela Lutzky defende a reparação de danos imateriais como direito fundamental . LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imateriais como direito fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado.2012. Há um direito fundamental ao bom governo? Os exemplos mostram a dificuldade em buscar um ponto comum entre os direitos fundamentais em espécie, mas servem também para comprovar a possibilidade do surgimento de novos direitos fundamentais.

⁴⁹ GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. In: DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. **Derecho constitucional para la sociedad multicultural.** Madrid: Trotta, 2007, p. 69.

É preciso conter alguns exageros, como a famosa ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal com o propósito de que se retirasse das cédulas de real a expressão “Deus seja louvado”, mas é inegável que um direito fundamental tão poroso como esse nunca será (de)limitado de modo constitucionalmente adequado, o que demonstra mais uma vez a insuficiência do Direito como agente de mudança social.

Afirmar que os direitos fundamentais são o centro do ordenamento jurídico é diferente de afirmar que os direitos fundamentais são o centro do universo ou que não há margem para escolha.

O desejo da teoria do tudo (teoria unificadora) da física⁵⁰ está presente nas grandes construções constitucionais, todavia, do mesmo modo que ainda não se conseguiram equilibrar os conceitos físicos no micro e macro universo, devem-se reconhecer as limitações das teorias constitucionais para transformar o indivíduo, a sociedade e o mundo.

Fica, então, o papel central que os direitos fundamentais ocupam hoje no pensamento jurídico, sendo o epicentro do ordenamento.

1.2 SUPERAÇÃO DA EXISTÊNCIA ONTOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A PREVALÊNCIA DA CONCEPÇÃO RETÓRICA.

O papel da ordem jurídica na sociedade não é limitado apenas pelo fato de que determinadas questões ainda não são tratadas normativamente; mas também e mais fortemente pelo fato de que a ordem jurídica deixa ou quer deixar determinadas questões conscientemente em aberto.⁵¹

⁵⁰ Ian Stewart lembra que “muitos físicos acreditavam que as duas serpentes poderiam ser expulsas do jardim do éden por uma atitude ousada: unificando a relatividade e a teoria quântica, ou seja, elaborando uma nova teoria, lógica e consistente, que reunisse a relatividade, em larga escala, e a teoria quântica, em pequena escala. Foi o que Einstein tentou fazer durante metade de sua vida – e fracassou. Com sua modéstia peculiar, os físicos batizaram essa visão unificadora de teoria de tudo” STEWART, Ian. **Uma história da simetria na matemática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 264.

⁵¹ MÜLLER, Friedrich. **Metódica Jurídica e Sistema Político**. Joinville: Bildung, 2014, p 84

A questão ontológica, a busca da verdade intrínseca, a revelação de onde viemos e de quem somos é tão antiga e tão atual. A busca da verdade é uma das angústias inatas ao ser humano. Carl Sagan⁵² afirma que:

Quando nos pedem nos tribunais norte-americanos o juramento – de que diremos a verdade, toda a verdade, e nada mais que a verdade –, estão solicitando-nos o impossível. Está simplesmente além de nossas forças. As nossas memórias são falíveis, até a verdade científica é uma simples aproximação e somos ignorantes a respeito de quase todo o universo.

O que é a verdade⁵³? Há uma verdade transcendental, imutável e atemporal? Como descrever e como ter certeza de se estar diante da verdade?

Nesse diapasão, é impossível definir quais os verdadeiros direitos fundamentais, o que não significa, no entanto, que não se possa reconhecer a existência de invariantes axiológicas⁵⁴, que servirão de base para o reconhecimento de direitos fundamentais universais⁵⁵.

⁵² SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012, p. 334.

⁵³ Landesman destaca que “alguns críticos da teoria da correspondência para a verdade recomendaram que substituíssemos a noção de verdade pela de justificação. Paremos de usar a noção de verdade, já que ela causa tantos problemas, e falemos, em vez disso, de uma ideia ser justificada ou possuir assertibilidade garantida. Deixemos de lado toda a conversa sobre condições de verdade e fatos e confinemo-nos à justificação ou a condições de assertibilidade. Afinal, justificação é o melhor que podemos ter e, como ela não garante a verdade, a inferência da verdade a partir da justificação é inválida” LANDESMAN, Charles. **Ceticismo**. São Paulo: Loyola, 2006, p. 78.

⁵⁴ Miguel Reale destaca que “O essencial, todavia, é que possamos estar convictos de que a história do homem não é uma hamletiana aventura sem nexos e sem sentido, mas desenvolve, através de contínuos e inevitáveis conflitos, as possibilidades existenciais da espécie humana, circunscritos todos pelos horizontes sempre móveis de constantes ou invariantes axiológicas, em cujo âmbito se desenrola não apenas a façanha da liberdade, como proclamou Croce, mas sim a façanha de todos os valores fundamentais que se enraízam na capacidade reveladora nomotética do espírito” (REALE, Miguel. **Filosofia e teoria política**: ensaios. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 126).

⁵⁵ Há uma crítica à tentativa de estabelecimento da universalidade de direitos fundamentais. Sustenta-se tratar-se de uma tentativa de ocidentalização, ou seja, de imposição da cultura do Ocidente ao Oriente. Não obstante a crítica, há de reconhecer-se, com o respeito à diferença, a possibilidade de estabelecimento de um mínimo não sujeito às peculiaridades culturais. O problema é o eventual abuso. Lucas Gontijo destaca que: “Há sim um uso estratégico dos direitos humanos, o que pode ser denotado pela perniciosa “ocidentalização do mundo”, impondo valores pseudodemocráticos em nome do imperialismo cultural e econômico dos países ocidentais centrais. Contudo, não é possível aceitar o relativismo de que povos humanos possam se submeter a irracionalidade e sofrimento sob a justificativa de que deve respeitar a cultura. Os direitos humanos são normas morais e com pretensão de validade universal, pois afinal de contas vivemos em um mundo globalizado.” GONTIJO, Lucas. A questão da universalidade dos direitos humanos e sua estruturação em conjunturas históricas. IN BRANDÃO, Claudio. **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 147

É inevitável que todo ordenamento reconheça o direito à vida, mas, no detalhamento, é possível que exista divergência de alcance, como, por exemplo, na aceitação da pena de morte, na abrangência da legítima defesa, ou, ainda, na discussão sobre quando começa e quando termina a vida.

Da mesma forma, o direito fundamental à liberdade⁵⁶ é, atualmente, um consenso, mas, quando de sua materialização, surge o dissenso sobre quando o Estado pode intervir e quais limitações podem legitimamente ser impostas à liberdade.

Essas variações geram a impressão de que não seria possível precisar um conteúdo mínimo de direitos fundamentais, e, ainda, a virada linguística procura refutar a ideia de que existe uma ontologia dos objetos. Nessa linha, Adeodato⁵⁷ destaca que:

Conclui-se que este mundo que a ciência se esforça por compreender, explicar e controlar não é uma grandeza ou realidade independente do conhecimento humano, como uma ontologia prévia dada, que se coloca diante do sujeito como objeto. O mundo é literalmente constituído pela comunicação humana.

Não há um monopólio de interpretação: cada pessoa, entidade, estado ou cultura tem uma forma de pensar ou argumentar sobre determinados direitos e não se pode afirmar que exista apenas uma única verdade ou um caminho correto.

Denninger⁵⁸ fez um questionamento profundo e importante ao indagar: “*cuánto consenso necesita una sociedad o cuánto conflicto soporta?*”

Há uma divisão clássica entre autores que defendem a sociedade como sociedade de consenso e outros que a vislumbram como eminentemente de conflito⁵⁹. A

⁵⁶ Como todos os direitos podem ser usados para o bem ou para o mal. Hannah Arendt destaca a ideia de que a noção de liberdade é imprescindível para a criação da mentira quando afirma: “A crença é de que ninguém pode inventar uma mentira sob tortura. A psicologia dos antigos era muito mais cônica do que nós do elemento de liberdade, de invenção livre, que existe na mentira.” (ARENDR, Hannah. **A condição humana**. São Paulo: Forense Universitária. 2010, p. 160).

⁵⁷ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p.142.

⁵⁸ DENNINGER, Erhard Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural. In: DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Madrid: Trotta, 2007, p. 32.

⁵⁹ Como símbolos dessas posições, temos Durkheim (consenso) e Marx (conflito).

pergunta de Denninger atinge o problema: sempre haverá consenso e dissenso em uma sociedade, a predominância de um ou de outro será cíclica.

O que não se pode é transformar o consenso numa ilusão de verdade e sufocamento da diferença, nem eternizar o dissenso. É preciso decidir, a decisão sempre desagrada alguém e pode, por diversas razões (históricas, culturais, econômicas), ter-se a prevalência de uma tese que não a ideal, ou mesmo a melhor. Como encontrar essa resposta é o grande dilema. Deveras, nem tudo pode ser posto em votação. A vontade da maioria é um critério, mas não o único, nem sempre o melhor. Apenas para ficar em dois exemplos, a maioria apoiou o nazismo e a maioria crucificou Cristo⁶⁰.

É preciso reconhecer que existem direitos fundamentais que superam o teste da descontextualização, ou seja, mesmo que haja uma diferente valoração de determinado direito no Brasil, na China, ou na Índia, há de se constatar a permanência de algo. Isso permite demonstrar a existência de direitos fundamentais além do texto constitucional e de uma invariabilidade⁶¹ desses direitos.

É certo que esse reconhecimento dessa invariância não é um reconhecimento *a priori*, mas sim construído a partir do controle intersubjetivo e dos constrangimentos linguísticos.

Deveras, não é fácil implementar direitos, devemos, contudo, reconhecer que a própria natureza humana dificulta a coexistência. René Girard⁶² bem demonstrou o problema da concorrência mimética, lembrando que:

⁶⁰ Sobre esse episódio, ver a interessante obra: ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação da democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶¹ Miguel Reale destaca que: “[...] a diversidade dos valores hierarquicamente distribuídos assume configurações conjunturais distintas, devendo se falar em diferentes tipos de invariantes demarcadoras dos horizontes espirituais, correspondentes ao espírito epocal que na Antiguidade clássica foi predominantemente *ontológico*; na Idade Média foi fundamentalmente *teológico*; na Época Moderna, decididamente *gnoseológico*, assim como na Era contemporânea é de crescente sentido *axiológico*” REALE, Miguel. **Paradigmas da Cultura Contemporânea**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p 108.

⁶² Apresentação da obra *Édipo Mimético* de Mark Anspach. ANSPACH, Mark. **Édipo mimético**. São Paulo: Realizações, 2012, p. 12.

Em geral, a concorrência mimética faz os homens infelizes. Um dos primeiros a perceber isso foi Stendhal, um dos cinco romancistas analisados em meu primeiro livro. Em um mundo extremamente mimético, os únicos objetos intensamente desejados são aqueles que um rival nos impede de ter. E a recíproca é verdadeira: os objetos que ninguém pensa em nos tirar deixam rapidamente de interessar. Frequentemente, esse duplo fenômeno é suficiente para fazer a nossa existência um inferno.

Não é possível esquecer os problemas da condição humana quando se fala de direitos fundamentais⁶³. A realidade é desencantada, a humanidade ainda dá os primeiros passos na realização da fraternidade. Sendo inata, no ser humano, essa concorrência mimética, não se pode esperar que a realidade seja tão diferente do que se apresenta. Se Goethe⁶⁴ destaca que toda teoria é cinzenta, e verde é a árvore da vida, hoje constatamos que a vida está mais próxima do cinza e que a teoria dos direitos humanos é uma esperança de que o verde volte a florescer na civilização.

É claro que fatores econômicos, históricos, ambientais, sociais também influenciam o caminho. Os direitos fundamentais precisam conviver com diversas vicissitudes e limitações.

Diante da dificuldade de escolher critérios⁶⁵ válidos que apontem um caminho inexorável de evolução, a discussão sobre um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, o reconhecimento de que há, sim, um mínimo invariante de direitos fundamentais, ganha corpo e será trabalhada no próximo capítulo⁶⁶.

⁶³ Como lembra Caetano Veloso, no clássico “Vaca Profana”, “de perto ninguém é normal”.

⁶⁴ Primeiro ato de Fausto. Precisamos de um pouco de pragmatismo, pois, como destaca Foley, citando a crítica de Buda à especulação inútil “é como se um homem tivesse sido ferido por uma flecha envenenada, e seus amigos procurassem um médico, e o homem dissesse: Ninguém vai me tirar esta flecha enquanto eu não souber o nome do homem que me feriu” FOLEY, Michel. **A era da loucura**. São Paulo: Alaúde, 2011, p. 33.

⁶⁵ Há de conceder-se razão aos céticos quando apontam que essa dificuldade na escolha de critérios dificulta o universalismo das coisas. Landsman destaca que “Para os céticos, o próprio fato de as escolas de filosofia discordarem quanto à natureza do critério e de as discordâncias serem de longa data e aparentemente insolúveis sugere que não podemos saber a que equivale o critério verdadeiro e que a verdade é, portanto, impossível de conhecer” LANDESMAN, Charles. **Ceticismo**. São Paulo: Loyola. 2006 p. 83. Adeodato procura destacar uma visão positiva do ceticismo pois “o ceticismo não consiste no desprezo pela justiça nem no abandono de quaisquer parâmetros éticos, mas sim que serve de elemento imunizador contra a intolerância e o dogmatismo” ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 407. Dworkin classifica vários tipos de ceticismo: interno, externo (subdivide-se em ceticismo do erro e do estatuto) DWORKIN, Ronald. **Justiça para oriços**. Coimbra: Almedina, 2012).

⁶⁶ O fundamento último dos direitos fundamentais é a moral. Claudio Brandão destaca que “pode-se reconhecer que a conceituação dos direitos humanos tem suas raízes fincadas nos campos da moral,

Faz-se mister, por fim, deixar claro que a afirmação da existência de uma invariância ou de uma essência de direitos fundamentais, ou, em outras palavras, a ideia de que nem tudo é permitido no jogo de linguagem dos direitos fundamentais, faz-nos concluir que não existe um vazio absoluto entre significante e significado, mas um mínimo construído na intersubjetividade do passado, presente e futuro, que impele a mudanças, mas que não deve se transformar num retrocesso⁶⁷.

O *tempus fugit* deve ser evolucionista e não involucionista. Se Aristóteles e outros gigantes do passado aceitavam a escravidão, não se pode, hoje, admitir qualquer defesa da escravidão, e assim, sucessivamente almeja-se sempre um futuro melhor. O sonho da vedação de retrocesso é a busca por, pelo menos, manter o nível de proteção já alcançado.

Não saber definir o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais⁶⁸ é diferente de afirmar não existir um conteúdo mínimo.

da política e do direito”. BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao estudo dos direitos humanos. IN BRANDÃO, Cláudio. **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p 4. Nesse sentido Brandão faz menção a Cascajo quando afirma: “La comprensión de lo que podemos entender ‘aquí y ahora’ por derechos humanos hunde necesariamente sus raíces en este campo de las convicciones y dela moral. Se explica de este modo un enfoque estrictamente jurídico sobre la matéria adolezca de un patente reduccionismo. No es extraño, pues, que las relaciones entre Derecho, Moral y Política encuentren aquí ocasión y estímulo para um permanente y abierto replanteamiento” (CASCAJO CASTRO, José Luis. Concepto de derechos humanos y problemas actuales. **Derecho y libertades**: Revista Del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Carlos III. Año 1, nº 1, 1993. p. 215.

⁶⁷ O Direito positivo não tem condições de fornecer a solução para a busca de invariantes. Tercio Sampaio Lembra que A busca do direito natural e de seu fundamento é a procura do permanente, do universal e do comum a todos os homens na definição do direito. Se o direito positivo se define por sua mutabilidade, sua regionalidade, sua circunstancialidade, sua especialidade, a busca do direito natural expressa a angústia do homem num mundo em que tudo, sendo positivo, é relativo. A relatividade universal – o fato de que um direito, ao ser posto, só existe em relação a outros direitos postos – e a perda da valia intrínseca – o fato de que todo direito, por ser posto, deixa de possuir valor objetivo, independente da avaliação mutável dos interesses – são inerentes à positivação do direito. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p 141.

⁶⁸ Ney Bello relata a dificuldade em estabelecer o mínimo ético ao afirmar que :“Se era possível há anos atrás pensar em um “mínimo ético”, em um “elemento unificador” ou em uma “grande narrativa” a explicar o mundo, hoje já não é bem assim. Vivemos em tribos, divididos em fractais, e estou certo de que cada vez mais estamos distantes uns dos outros em quase tudo. Não vejo sequer um princípio ativo que possa ser perene e característico de toda a humanidade. Pois bem, na ausência da possibilidade de unificação de pré-compreensões de mundo, como eu poderia fundamentar minha resposta em qualquer ponto que fosse comum a todos? A pluralidade de pensamentos pós-moderna impede qualquer elemento unificador que dê razoável legitimidade a conceitos metafísicos. Ainda que eu entendesse justificável teoricamente responder à questão “que direitos possuímos?” utilizando-me da ideia de justiça, eu não encontraria uma que se sustentasse por si só, ou se legitimasse

Se, segundo a clássica frase de Protágoras, o homem é a medida de todas as coisas, hoje temos direitos fundamentais que vão além do ser humano, como na questão dos direitos ambientais, da natureza e dos animais como sujeitos de direito⁶⁹. Ou seja, a proteção apenas da espécie humana não pode ser considerada, atualmente, o mínimo de direitos fundamentais. Não se deve congelar um texto ou um sentido, mas não se pode afirmar, numa escala de zero a dez, que a variação dos direitos fundamentais é dez.

1.3 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOBRE COMO IDENTIFICÁ-LOS. NEM TODO DIREITO É FUNDAMENTAL. A INFLAÇÃO DE PSEUDOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

*Cada presente es un modo de determinación de la inmensa indeterminación del pasado*⁷⁰

É importante saber identificar os direitos fundamentais. Não se pode usar um critério meramente formal⁷¹, pois existem direitos fundamentais não expressos.

socialmente de forma mínima. Obviamente, eu acabaria optando pela minha ideia de certo ou errado, e se fosse eu o juiz do caso terminaria por impor a todos a minha visão de mundo, a minha compreensão de direito e de justiça, independentemente da existência do legislativo e sem relação com a intenção da maioria. Em outras palavras, de forma autoritária e antidemocrática.” BELLO FILHO, Ney. **Interlúdio**: pós-modernidade, direito e sociedade. São Luís, AML, 2012, p 118.

⁶⁹ Como exemplo pode-se citar A Constituição da República do Equador, aprovada em outubro de 2008, que dispõe: “Art. 72. A natureza ou Pachamama onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos se observarão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente. O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema”.

⁷⁰ Lledó, Emilio. El silencio de la escritura. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p 20.

⁷¹ Fernanda Lucas da Silva aponta a existência de correntes para fundamentar os direitos humanos. Afirma a autora: “A questão da possibilidade de fundamentação dos direitos humanos (justificação racional) remete-se a uma discussão filosófica sobre a apreensão racional dos valores (subjativismo X objetivismo). O debate é conduzido por algumas percepções, que vão desde aqueles que negam essa possibilidade teórica ou mesmo sua utilidade até aqueles que constroem estruturas argumentativas para tanto. As perspectivas que defendem a impossibilidade dessa empreitada são consideradas realistas (quando deslocam o problema para a questão da efetividade dos direitos humanos, por entender que o problema da fundamentação já se encontra solucionado) ou positivista (quando o problema da fundamentação é inútil por ser insolúvel). As teses positivistas, em especial, evidenciam um traço de subjativismo axiológico. As perspectivas que acreditam no sucesso da empreitada, de matriz objetivista, podem ser classificadas em jusnaturalistas e éticas. A

Aproveitando a famosa classificação de Herbert Hart⁷², devemos reconhecer que os direitos fundamentais devem ser interpretados como regras de reconhecimento⁷³. Não somos positivistas como Hart, daí a dificuldade de identificar-se direitos fundamentais, pois podem existir direitos fundamentais independentemente de tipificação pelo legislador ou pelos tribunais e pode acontecer, ainda, de os tribunais ou de o legislador atribuírem o nome de “fundamentais” a direitos que não pertencem a essa categoria.

É importantíssimo caracterizar os direitos fundamentais como regra de reconhecimento, uma vez que ela irá selecionar as normas aptas ou inaptas para fazer parte do ordenamento. Portanto, são os direitos fundamentais, e não o parlamento ou o judiciário, que devem definir quais normas são válidas e devem ser observadas e quais normas não são adequadas.

Lembrando o mito de Midas, tudo que for “tocado” por direito fundamental será jurídico, independentemente de positivação, e esse reconhecimento como direito provocará uma limitação do Legislador, do Executivo e do Judiciário, que devem viabilizar a máxima efetividade desses direitos e não podem violá-los.

Poder-se-ia argumentar que, nesse momento, há grave risco de subjetivismos na busca pela definição dos direitos fundamentais, mas o grande problema é tentar

fundamentação jusnaturalista identifica-se com os pressupostos do Direito Natural, reconhecendo a existência de uma ordem prévia de valores naturais, inerentes à condição humana. A fundamentação ética dos direitos humanos identifica-se com os valores e exigências éticas que respaldam esses direitos e são o conteúdo dessa fundamentação, remetendo-se à idéia de dignidade humana.” SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário. IN: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p 133

⁷² Sobre a regra de reconhecimento, Hart afirma que: “Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de fontes de direito a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa, os critérios para identificar o direito são múltiplos... Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tantos pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares e seus consultores.” (HART, Herbert. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 112).

⁷³ Palombella afirma sobre os direitos fundamentais que : “ En realidad, muy bien podrían poseer un indiscutible efecto jurídico, ya que dado su rango jerárquico valdrían como reglas de reconocimiento: criterios de decisión acerca de la validez de otras normas, y como tales sin duda que pueden funcionar.” PALOMBELLA, Gianluigi. **La autoridad de los derechos**: los derechos entre instituciones y normas. Madrid, Trotta, 2006, p 38

teorizar um conceito camaleônico, um verdadeiro caleidoscópio⁷⁴. Não é possível definir os direitos fundamentais, como não é possível definir amor, tristeza, saudade, enfim, sentimentos, mas é possível, sim, identificar os direitos fundamentais.

Romanticamente, poder-se-ia tentar fundamentar o núcleo dos direitos fundamentais na noção de bondade⁷⁵, ou encontrar os direitos fundamentais na ideia do bem ou, como diziam os antigos, do bom, do belo e do justo⁷⁶.

Essa visão romântica é um resquício ontológico que não deve prevalecer. O núcleo comum dos direitos fundamentais é a moral⁷⁷. Embora ela não seja ontológica ou

⁷⁴ Sobre o tema, ver o livro: HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2010.

⁷⁵ Devemos lembrar as interessantes palavras de Foley: “E a bondade apresenta a mesma dificuldade de acesso. Não é possível ser bom tentando ser bom. Isso também é verdade em relação a muitas outras aspirações - a originalidade, por exemplo. Não é possível ser original tentando ser original. Os que tentam isso nas artes serão meramente vanguarda. A originalidade é um produto de um impulso tão forte e avassalador que explode as convenções e produz algo novo mais uma vez, mais por acaso do que de propósito. Inalcançáveis a não ser indiretamente, também são a sabedoria e a autoridade e, talvez mesmo o humor e o amor. Existe nisso uma teoria geral dos desejos?” FOLEY, Michel. **A era da loucura**. São Paulo: Alaúde, 2011, p. 14.

⁷⁶ Dworkin afirma que “Já deverá ser evidente, suponho, que acredito na existência de verdades objetivas sobre o valor. Penso que algumas instituições são realmente injustas e que algumas ações são realmente erradas, independentemente de haver muita gente que acredita que o não são.” DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 19. Scheler afirma que “Este ponto de vista fundamental da modernidade acaba sempre por conduzir, depois disso, a duas outras exigências que formam, conjuntamente, pontos de partida da moral moderna: a exigência de uma justificação completa da anarquia em questões de juízo ético, onde não se deixa subsistir nada de firme, ou de uma assunção de um substitutivo para a legítima objetividade valorativa, de uma consciência genérica universalmente válida, que torne vigente um certo imperativo aos indivíduos, na forma de uma voz que pura e simplesmente ordena: tu deves. Este imperativo é o reconhecimento ou a possibilidade do reconhecimento universal de um querer e de um agir bons, que devem substituir a objetividade dos valores, que não se apresente” (SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**. Petrópolis: Vozes Editora, 2012, p. 152). Eduardo Bittar destaca que Não existe, sem altos graus de injustiça e opressão, a possibilidade de instituir o uno em sociedade, por isso, invariavelmente, o uno egípcio, o uno cristão, o uno stalinista, o uno nazista estão fadados a se esgotarem como formas históricas da injustiça. Nos quadros de um realismo jusfilosófico, não há a possibilidade histórica para a humanidade da experiência do Bom, do Belo e do Justo. O termo “justiça” sempre evocará o seu antônimo, injustiça, e a aventura humana continuará a ser escrita com tinteiros de sangue.” BITTAR, Eduardo.C.B. **Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p 232.

⁷⁷ Peces Barba destaca que alguns autores chegam a nominar os direitos fundamentais de direitos morais e critica tal conceito por aproximar do jusnaturalismo e afastar a historicidade e a participação popular no reconhecimento dos direitos fundamentais MARTINEZ, Gregório Peces- Barba. **Curso de derechos fundamentales**. Madrid. Universidad Carlos II de Madrid, 1999, p. 35. Apesar da crítica do autor, não há incompatibilidade entre a historicidade dos direitos fundamentais e se reconhecer sua fundamentação moral. Será incorreto falar em progresso moral? Adeodato lembra que “A ontologia não deve ser necessariamente identificada com uma objetologia estática, uma teoria de objetos prontos e acabados, ensimesmados e indiferentes a relação cognoscitiva” (ADEODATO, João Mauricio. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 227). Peces Barba afirma, ainda, que “ Hablar de universalidad de los derechos humanos en ese

tenha conteúdo imutável, há padrões construídos historicamente e prestigiados em nível mundial, e que não estão à inteira mercê das variações culturais. Exemplo disso é a prática da clitoridectomia, isto é, da mutilação do órgão sexual feminino a partir da retirada do clitóris para que a mulher não sinta prazer sexual, comum em países da África, e existente há quase dois mil anos. Trata-se de ofensa objetiva a direitos fundamentais. Há uma irrefutável violação à integridade corporal e à dignidade sexual, que não podem se submeter a eventual direito positivo que juridifique esse costume. Tércio Sampaio⁷⁸ destaca a importância da moral para o direito, ao afirmar que:

O direito, em, suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente, e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um despidorado cinismo.

Talvez, a busca pelo fundamento da legitimação do que seja um direito fundamental⁷⁹ remeta ao paradoxo da busca pela fundamentação do *a priori* da argumentação, uma vez que a lógica é sempre fundamentar ações a partir da moral, e não fundamentar a própria moral, o que geraria um regresso *ad infinitum*, uma ilusão⁸⁰.

sentido racional, es sostener la universalidad de esa moralidad básica que fundamenta los derechos y la presencia de individuos [...] cristalización de la moralidad en forma derechos humanos” fundamentais MARTINEZ, Gregório Peces- Barba. **Curso de derechos fundamentales**. Madrid. Universidad Carlos II de Madrid, 1999, p. 312.

⁷⁸FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 340,

⁷⁹Não se quer dizer que há uma identificação plena de direitos fundamentais com a moral. Gregorio Robles com precisão destaca que: “A teoria da justiça extrassistemática é prévia ao trabalho do poder constituinte, cuja função consiste em plasmá-la na Constituição por meio do estabelecimento dos valores fundamentais. Aqui a razão prática não tem outros limites a não serem os da razão. Entre os valores fundamentais destacam-se os representados pelos direitos fundamentais, ainda que aqueles não se esgotem nestes. Por conseguinte, a teoria (material) dos direitos fundamentais é uma parte da teoria extrassistemática ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos ensaio sobre a teoria analítica do direito**. São Paulo: Noeses, 2011, p289

⁸⁰Dworkin destaca que: ‘ Qualquer teoria sobre o que torna verdadeira uma convicção moral ou sobre quais são as boas razões para a aceitar deve ser, em si mesma, uma teoria moral e, portanto, deve incluir uma premissa ou pressuposição moral. Há muito que os filósofos procuram uma teoria moral que não seja uma teoria moral. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p 50. Tércio Sampaio lembra o trilema de Münchhausen “ que afirma ser uma última fundamentação impossível, pois ou a proposição fundamentante há de ser, ela própria fundamentada, o que conduz à irracionalidade do regresso ao infinito, percebida por Aristóteles desde a antiguidade, ou então há de se desistir de sua fundamentação , do que resulta seu caráter dogmático e arbitrário” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses. 2014, p 148.

Se é extremamente complicado justificar os direitos humanos como ponto de partida do ordenamento, é mais factível fundamentá-los como ponto de chegada, ou seja, quando de sua juridificação e aplicação no caso concreto a partir da retórica tópica.

Imprescindível destacar que nem toda retórica é cética, Aristoteles associava a retórica com a virtude moral⁸¹. Não há nenhuma contradição no trabalho em adotar a retórica e reconhecer a existência de um mínimo invariante nos direitos humanos, até porque não se está a afirmar que esse mínimo é ontológico, mas sim que deve ser adotado como um argumento trunfo⁸². Não existe um esperanto moral⁸³, mas isso não significa que não existam acordos universais para que determinados males, como o nazismo, não sejam repetidos.

A comprovação fática de mais um genocídio, no nosso mundo, não torna inválida a existência desse acordo moral mínimo. Haverá, nesse exemplo, um crime contra a humanidade que deve ser reprimido pela comunidade mundial através dos instrumentos jurídicos materializados na criação do Tribunal Penal internacional.

Efetivamente, direitos fundamentais não são tertúlias acadêmicas. A conhecida passagem de Bobbio⁸⁴ ao afirmar que “[...]o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”, realça que apesar da importância da busca pela fundamentação dos direitos há um mundo da vida que precisa de atenção.

⁸¹Essa conclusão pode ser extraída de várias passagens de sua obra por exemplo ao afirmar que : “A retórica é útil porque o verdadeiro e o justo têm naturalmente mais valor do que seus opostos. O resultado é que se os julgamentos não forem proferidos como devem ser, o verdadeiro e o justo estarão necessariamente comprometidos, resultado censurável a ser atribuído aos próprios oradores. ARISTOTELES. **Retórica**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2013, p 43. Adeodato afirma que : “Em Aristóteles é colocada claramente a junção entre retórica e virtude moral, fazendo o *ethos* acompanhar a virtude (*areté*) e a ponderação ou prudência (*phrónesis*), muito embora o caráter necessário dessa correlação tenha sido questionado desde o início, debatendo os eruditos sobre diferentes critérios para separação conceitual entre *ethos*, *areté* e *phrónesis*. Da mesma maneira que Aristóteles insiste para que a retórica não possa ser usada sem uma boa ética, opiniões contrárias vêem a retórica como um instrumento para quaisquer fins. Exatamente a presença dessa controvérsia atesta o problema da relação milenar entre retórica e *ethos*.” ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.p54.

⁸² Conhecidas as lições de Dworkin e Reis Novaes sobre a utilização desse conceito ver NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**.Coimbra:Coimbra, 2006.

⁸³ FORST, Rainer. **Contextos da justiça**.São Paulo: Boitempo, 2010, p 208.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992. p. 24.

Essa característica intrínseca dos direitos fundamentais⁸⁵, a universalidade, provoca um misto de decepção e esperança. Decepção pela dificuldade de implementação e pela falta de consciência da necessidade de respeito aos direitos fundamentais e esperança de que a sociedade compreenda o outro e não faça meras promessas vazias.

Há um claro risco de se tentar transformar tudo em direitos fundamentais. Esse equívoco precisa ser evitado. A banalização dos direitos fundamentais não traz nenhuma vantagem: ao contrário, enfraquece o conceito e obnubila o que deve ser realmente protegido.

Como exemplos de pseudodireitos fundamentais, podemos falar nos conhecidos “direitos” do réu de fugir e de mentir no processo penal. Essas construções pecam por elevar à condição de “direitos” determinadas situações que, na realidade, não devem ser toleradas pelo sistema.

Não existe “direito” de fugir, até porque, em se tratando efetivamente de um “direito”, o Estado seria obrigado a respeitá-lo e, portanto, não poderia manter o réu preso. Se a prisão é juridicamente justificada, a fuga não pode ser tratada como um direito. É evidente a diferença entre “vontade” de fugir e “direito” de fugir.

Quanto à mentira do réu, em vários países há a previsão do crime de perjúrio. Apesar dessa grave omissão da legislação brasileira, não se pode falar em “direito” de mentir. Por certo, algumas mentiras do réu são criminosas como quando, no interrogatório, acusa um inocente da prática de crime, enquanto outras não são punidas penalmente, mas nem por isso são consideradas como uma atitude legítima do réu.⁸⁶ Esses pseudodireitos transformaram-se em *slogans* sem que haja o devido questionamento acerca do porquê de sua existência.

⁸⁵ Alexy aponta cinco marcas para os direitos do homem, caracterizando-os como universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. Afirma Alexy que “A relação interna, defenida pela prioridade necessária, entre direitos do homem como direitos morais e o direito positivo desempenha na questão, quais conteúdos direitos do homem têm, um papel decisivo.” ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do advogado.2007, p 26

⁸⁶ Ainda hoje, segundo o entendimento majoritário da doutrina, o direito de mentir estaria inserido na ideia de ampla defesa, uma vez que a noção de “ampla” permitiria ao réu usar defesas mentirosas ou mesmo contraditórias.

A identificação de direitos fundamentais, portanto, passará necessariamente pelo caso concreto, ou melhor, por pensar o problema, daí a importância da tópica⁸⁷. Pensar direitos fundamentais é pensar no problema fundamental, que deve ser esmiuçado, detalhado e, como num quebra cabeças, deve-se verificar entre as centenas de peças (ou possibilidades de decisão) qual a que melhor se encaixa.

É certo que perdemos em precisão. Temos o ideal de soluções apriorísticas, mas, com Wittgenstein⁸⁸, devemos lembrar que: “Pode-se sempre substituir com vantagem uma imagem difusa por uma imagem nítida? Não é muitas vezes a difusa aquela de que nós precisamos?”

Apenas indo além do direito posto e admitindo atribuir força normativa aos direitos humanos, temos elementos para caminhar numa solução mais adequada às peculiaridades de cada caso concreto.⁸⁹ Adotarmos um pluralismo crítico⁹⁰ é fundamental, nos valermos de vários *topoi* até encontrar a melhor solução. A lei tratou adequadamente o tema? Ou foi um precedente judicial? Ou ambos provocam(ram) uma tremenda injustiça e é necessário recorrer a argumentos de direitos fundamentais?

É preciso ter paciência, pois respostas prontas (lei, doutrina ou jurisprudência) tendem a uma maior probabilidade de erro no tema de direitos fundamentais. Só o

⁸⁷ Adeodato critica a tópica ao afirmar que: “A tópica de Viehweg parece levar uma abertura excessiva em relação ao texto normativo, que é considerado apenas expressão de um topos dentre outros. Ao recusar o postulado dogmático da conexão necessária com o texto, tradicionalmente essencial a um Estado Democrático de direito, a tópica faz da orientação por meio de problemas um método por demais livre e aproxima-se do decisionismo” ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 313.

⁸⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosofico e investigações filosóficas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 232.

⁸⁹ É evidente que isso não deve ser feito de modo arbitrário e sem prévia comunicação para as partes do processo. É muito importante a moderna noção de que o contraditório engloba, inclusive, questões de ordem pública. Antes de o magistrado utilizar essa argumentação além da norma, deve avisar às partes, materializando, assim, o respeito ao contraditório, permitindo o debate com críticas e sugestões antes de proferir a decisão definitiva.

⁹⁰ No sentido defendido por Karl Popper “o pluralismo crítico é a posição de que, no interesse da busca da verdade, toda teoria - quanto mais teorias melhor - deve ser aceita na competição entre teorias. Essa competição consiste na discussão racional; Isto é, trata-se na verdade das teorias competidoras: a teoria que parece se aproximar mais da verdade na discussão crítica é a melhor; e a melhor teoria desaloja as teorias piores. Trata-se, portanto de verdade” (POPPER, Karl. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes. 2006, p. 246).

exame caso concreto, com suas peculiaridades (espaço e tempo – em quantas dimensões deles existirem), e mediante o debate sincero em busca da melhor decisão, pode refletir a complexidade de nossos tempos.

O direito não pode ter um “dono”⁹¹, personificado em uma instituição. É imprescindível uma retroalimentação das fontes. Cotidianamente, o que mais salta aos olhos são os conflitos - parlamento e judiciário, executivo e judiciário -, mas a clássica questão *quis custodiet ipsos custodes?* lembra que a última palavra não é necessariamente a melhor.

É claro que, ao defender a existência de direitos fundamentais não previstos em lei, o ônus argumentativo é maior, pois há a obrigação de demonstrar a omissão legislativa e o caráter fundamental desse direito não expresso. Esse ônus exige uma fundamentação específica do caso concreto.

“Seu Jorge” canta, em recente sucesso da música nacional, que, depois de a amiga de sua esposa flertar com ele: “Se fosse mulher feia tava tudo certo, mulher bonita mexe com meu coração, Não pego, eu pego, não pego, eu pego, não pego não...”. O dilema da aplicação da lei é similar. Se o argumento fora da lei for “feio“, será fácil aplicar a lei. Mas e quando o argumento mais “bonito”, que “mexe com o coração” e a cabeça, não estiver positivado?

Não haverá a última palavra em direitos fundamentais. A teoria deve ser comprovada diariamente na prática. Deve existir sempre espaço para novas interpretações, é necessário extrair das antigas partituras novas sonoridades⁹².

Os direitos humanos são e serão, portanto, um tema aberto, como a discussão do universo e sua capacidade de se expandir, a exigir vigília constante, porque não se sabe quando será posto à prova.

⁹¹ Zagrebelsky conclui seu livro com precisão: “[...] entre Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 153).

⁹² Expressão de MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**: temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984.

1.4 A INEXAURIBILIDADE DO ROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. A HISTORICIDADE E A MUTAÇÃO COMO FORÇAS DETERMINANTES DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A modernidade produz monstros e maravilhas, e toda a questão é saber se os monstros destruirão as maravilhas ou se as maravilhas subjugarão os monstros. A esse respeito, pode-se utilizar a metáfora do aprendiz de feiticeiro: nós desencadeamos as forças que não conseguimos dominar.⁹³

A história interfere decisivamente no Direito. É certo que muitas tradições são inventadas⁹⁴ e, ainda, relativamente recentes, mas o jurídico não consegue isoladamente modificar a sociedade.

A norma jurídica instituída é sempre confrontada com forças instituintes que tentam modificá-la, as relações humanas não são lineares⁹⁵, há sempre variáveis e opções ao longo do caminho.

Há uma redução de complexidade na explicação da evolução histórica de alguns direitos fundamentais, como quando se afirma: “surgiram no ano x, ou o evento y foi a causa da mudança paradigmática do comportamento social”. Essa simplificação é importante, mas obscurece uma análise mais detida sobre determinados direitos e fenômenos.

⁹³ MORIN, Edgar. **Rumo ao abismo?**: ensaio sobre o destino da humanidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p. 45.

⁹⁴ Hobsbawn destaca que “o termo tradição inventada é utilizado num sentido amplo, mas nunca indefinido. Inclui tanto as tradições realmente inventadas, construídas e formalmente institucionalizadas, quanto as que surgiram de maneira mais difícil de localizar num período limitado e determinado de tempo - às vezes coisa de poucos anos apenas - e se estabeleceram com enorme rapidez”. HOBBSAWN, Eric e RANGER Terence. **A invenção das tradições**. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 09.

⁹⁵ Gruzinski lembra que “A tomada em conta da complexidade do passado obriga a acentuar os efeitos não lineares dos processos lineares, as margens de probabilidade e de irreversibilidade que acompanham os fluxos históricos. De facto, qualquer realidade comporta uma parte de incerteza e de aleatório que muitas vezes temos dificuldade em distinguir” (GRUZINSKI, Serge. Acontecimento, bifurcação, acidente e acaso: olhares sobre a historia desde as periferias do ocidente. In: MORIN, Edgar. **O desafio do século XXI religar os conhecimentos**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p 455

É impossível “isolar em laboratório” o direito à igualdade ou à liberdade e examinar seu “DNA” ou analisar sua história sem o presente e sem o futuro. Morin⁹⁶, com maestria, lembra que

[...] é interessante ver que este presente, que é à base de apoio e o esclarecedor retrospectivo, é uma base muito frágil ao mesmo tempo em que um esclarecedor muito enigmático. Por quê? Porque se, tal como se disse, estamos num presente, não temos o futuro para esclarecê-lo, estamos na mesma situação que essa gente do passado que, ela mesma, não conhecia o futuro. E precisamos do futuro para conhecermos o nosso presente. É evidente que a ausência do nosso futuro fragiliza o nosso presente.

Uma das grandes missões dos direitos fundamentais está em ligar o passado, o presente e o futuro. Não se pode pretender igualar ou desigualar tudo e todos, pois, como afirma Boaventura Santos⁹⁷ “Temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”. Assim, o projeto de direitos fundamentais é ambicioso, não podemos ser distópicos, nem a nossa realidade desencantada⁹⁸, nem as decepções e autodecepções⁹⁹, além dos exemplos diários de violência, exploração e desunião, podem impedir o caminho para o encontro da teoria e práxis dos direitos fundamentais.

⁹⁶ MORIN, Edgar. **O desafio do século XXI Religar os conhecimentos**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 383.

⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**. São Paulo: Cortez, 2006, p. 199.

⁹⁸ Como afirmava Cartola, “o mundo é um moinho e vai triturar teus sonhos, tão mesquinho, vai reduzir as ilusões a pó”.

⁹⁹ Katharina Sobota ressalta a importância da retórica uma vez que: “Uma disciplina como a retórica tem uma longa tradição de aceitar contradições, especialmente as contradições da natureza humana. A retórica não tem qualquer preconceito contra reconhecer o fato de que a vida humana consiste, em larga medida, de decepção e autodecepção. Ela tenta, ao contrário, enfrentar essas realidades face a face e analisar como tais decepções são utilizadas, que técnicas são empregadas e sob que condições elas obtêm bons ou maus resultados. No mesmo sentido, a teoria retórica não partilha da visão do racionalismo iluminista de que todas as razões e motivos precisam ser descobertos e verbalizados a qualquer preço. A retórica não pode determinar as fronteiras entre verbalizações, implicações ocultas e o mero silêncio. A questão da explicitação tem que ser decidida diante da situação concreta. A este respeito - e aqui o conceito de Bernard Jackson deve ser inteiramente aceito - nada resta senão ter esperança na integridade pessoal de cada indivíduo” (SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm!. In: *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Recife: UFPE, 1996, p. 251-273).

Ademais, somos seres em eterna mudança, nos angustiamos¹⁰⁰, sonhamos, precisamos ter dúvidas e certezas e ampliar nossos códigos binários e maniqueístas¹⁰¹ do verdadeiro/falso, certo/errado, jurídico/ilícito, bem/mal para poder (con)viver em nossos tempos.

Nesse nosso tempo - já chamado de era da loucura¹⁰², modernidade líquida¹⁰³, era do inconcebível¹⁰⁴, sociedade do espetáculo¹⁰⁵ e similares -, o “ter” supera o “ser” e a fraternidade é o princípio esquecido¹⁰⁶. Nessa conjuntura é que os direitos fundamentais buscam espaço e precisam de novas cadenzas, pois, às vezes, o problema é a solução. Zizek¹⁰⁷ aduz que:

A solução residia no que parecia ser o problema: a verdadeira causa dos problemas não era o abandono das velhas tradições, mas essas mesmas tradições, que mostravam no seu dia sua incapacidade para servir de princípio condutor da vida social. Como explicou Hegel no prefácio da fenomenologia do espírito, o padrão pelo qual avaliamos a situação e determinamos que ela é problemática faz parte do problema e deve ser abandonado.

Não se está afirmando que nossa tradição de direitos fundamentais é inútil¹⁰⁸, mas que esses novos tempos requerem uma nova mentalidade, reconhecendo a

¹⁰⁰ Kierkegaard lembra: “Achava-se num dos contos de Grimm uma narrativa sobre um moço que saiu a aventurar-se pelo mundo para aprender a angustiar-se. Deixemos esse aventureiro seguir o seu caminho, sem nos preocuparmos (em saber) se encontrou ou não o terrível. Ao invés disso, quero afirmar que essa é uma aventura pela qual todos tem de passar: a de aprender a angustiar-se, para que não se venham a perder, nem por jamais terem estado angustiados nem por afundarem na angústia; por isso, aquele que aprendeu a angustiar-se corretamente, aprendeu o que há de mais elevado” (KIERKEGAARD, Soren. **O conceito de angústia**. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 163).

¹⁰¹ Morin destaca que: “a inteligência parcelarizada, compartimentada, mecanicista, disjuntiva, reducionista, rompe o complexo do mundo em fragmentos separados, separa o que está ligado, unidimensionaliza o multidimensional.” MORIN, Edgar. **Rumo ao abismo?** Rio de Janeiro: Bertrand, 2011, p. 54.

¹⁰² FOLEY, Michel. **A era da loucura**. São Paulo: Alaúde, 2011.

¹⁰³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

¹⁰⁴ RAMO, Joshua Cooper. **A era do inconcebível**. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

¹⁰⁵ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

¹⁰⁶ BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

¹⁰⁷ ZIZEK, Slavoj. **Vivendo no fim dos tempos**. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 29.

¹⁰⁸ Nem todas as mudanças seriam úteis. Ost lembra fato pitoresco: “N. Haeck, dono do grupo relojoeiro Swatch, acaba de mandar instalar na fachada da sede de sua empresa, em Bienne (Suíça), uma marca simbolizando o novo meridiano que servirá de ‘referencia universal para o tempo internet’. Não contente em roubar a primazia do meridiano de Greenwich, o homem de negócios propõe-se igualmente a abandonar horas, minutos e segundos para dividir a jornada em 1000 beats, 1 beat equivalendo a 86,4 segundos. Será comercializado um relógio Swatch que adotará esse novo sistema de medida de tempo, não sem mostrar igualmente - a prudência obriga - a hora antiga. Exatamente como aqueles relógios de parede, hoje tornados raríssimos que entre 1793 e 1806

plasticidade e fluidez dos direitos fundamentais para contribuir num momento em que temos mais perguntas que respostas, aliás, procuramos cada vez mais receitas¹⁰⁹ e fórmulas mágicas para tudo.

Os direitos fundamentais precisam ser fluidos, o que se perde em previsibilidade e segurança jurídica é compensado com justiça e com maior adequação da decisão ao problema. A letra fria e abstrata da lei não consegue solucionar o detalhe e a peculiaridade do caso concreto. A rapidez do mundo atual não dá à legislação tempo de acompanhá-la. A lei já nasce desatualizada aguardando por sua reforma, ou sua atualização por técnicas de interpretação de texto.

Não se trata de uma mudança idealizada em gabinete, mas essa mudança da sociedade fez com que fosse imprescindível a mediação entre o caso e a lei por meio dos direitos fundamentais. O que se tem que controlar é o abuso, pois não é constitucional o juiz solipsista¹¹⁰.

Nesse contexto, a retórica dos direitos humanos deve viabilizar uma prática adequada. Não devemos reduzir a retórica ao sentido pejorativo e fraco de mero ornamento, mas, ao contrário, como uma filosofia de ação, como defende Adeodato¹¹¹, “uma forma de ação, sem dúvida, uma das mais civilizadas delas”.

É preciso confrontar os argumentos, realizar um controle público da linguagem e buscar a melhor, não a única, solução possível, mas sabendo que essa solução é datada e não definitiva. Com o filósofo grego Epicarmo aprendemos que “os mortais

mostravam simultaneamente a hora antiga e a hora decimal, imposta pelos revolucionários franceses.” OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: EDUSC, 2005, p. 13.

¹⁰⁹ Foley destaca: “Um axioma da literatura também se aplica de maneira mais genérica: a única receita é que não há receitas. A complexidade dos indivíduos e suas circunstâncias tornam as receitas universais impossíveis. Na verdade a procura por receitas é outro sinal dos tempos. É nossa era impaciente e voraz que exige que digam como viver segundo uma lista de tópicos” (FOLEY, Michel. **A era da loucura**. São Paulo: Alaúde, 2011, p. 19).

¹¹⁰ Sobre o tema ver STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹¹¹ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 02.

deviam ter pensamentos mortais e não imortais”¹¹², de modo que devemos acabar com essa ilusão infantil de que é possível encontrar uma solução “para sempre”.

A inexauribilidade não é só do direito, mas do problema, do caso. Os problemas também são mutantes, essa mudança constante - como definia Heráclito na clássica passagem em que diz que não se pode banhar duas vezes no mesmo rio ¹¹³ - é a mola que move o mundo, o direito e a vida. Adaptar-se, renovar-se, esse é o desafio. Não se deve ter um pensamento estanque¹¹⁴.

Cada vez mais possuímos o poder de escolher e esse incremento de *foreground*¹¹⁵ caracteriza nossa sociedade, mas temos de conviver com o “*Qual der Wahl*” (agonia da escolha)¹¹⁶. Apesar das consequências, devemos saber que, em relação aos direitos fundamentais, não deve haver uma escolha irreversível, pois apenas a morte é irreversível, e, mesmo assim, como afirmou Heráclito¹¹⁷ “morte é tudo o que vemos quando despertos; tudo o que vemos dormindo é sono”.

¹¹² SANTOS, Boaventura Sousa. **Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Editora Cortez, 2000, p.17.

¹¹³ Sobre os escritos de Heráclito Sócrates teria dito “a parte que eu entendo é excelente, assim como, ousado dizer, a que eu não entendo; mas só um mergulhador de delos seria capaz de chegar às profundezas de seu pensamento.” (GOTTLIEB, Antony. **O sonho da razão**. Rio de Janeiro: Difel, 2007, p. 60).

¹¹⁴ Haberle destaca: “Problemático é só o pensamento estanque: fragmenta os que se pertencem reciprocamente, desagrega-os analiticamente e oculta, assim, que todas as teorias são ensaios de aproximação ao microcosmo de um direito fundamental e, só de forma conjunta, podem cobrir todas as facetas” (HABERLE, Peter. **Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111).

¹¹⁵ A terminologia é tomada de empréstimo de Arnold Gehlen. Berger e Zijderveld sintetizaram do seguinte modo: “Toda sociedade humana (inclusive, presumivelmente, uma sociedade neolítica) permite algumas escolhas a seus membros, enquanto outras escolhas são inviabilizadas por programas de ação aceitos sem questionamento. Gehlen chamou de *foreground* (primeiro plano) a área da vida em que as escolhas são permitidas e de *background* (plano de fundo) aquela em que as escolhas são inviabilizadas. As duas áreas são antropologicamente necessárias. Uma sociedade consistindo apenas em *foreground*, com cada questão sendo deixada à escolha individual, não conseguiria manter-se por muito tempo e ficaria mergulhada no caos. A cada interação humana, as pessoas teriam de reinventar regras básicas de interação [...] por outro lado, uma sociedade consistindo apenas em *background* não seria uma sociedade humana, mas sim uma coletividade de robôs- uma situação que, ainda bem, é antropologicamente impossível” (BERGER, Peter e ZIJDERVELD Antom. **Em favor da dúvida**. Rio de Janeiro: Campus, 2012, p. 13).

¹¹⁶ Berger e Zijderveld destacam que “o processo moderno de pluralização constituiu uma força desinstitucionalizadora e existencialmente desestabilizadora. Ela ampliou nossa liberdade de escolha e, em consequência e em certo sentido, nossa autonomia e autossuficiência. Todavia, como uma visita a qualquer supermercado moderno demonstra, também deparamos com a *qual der wahl* (agonia da escolha)” (BERGER, Peter e ZIJDERVELD Antom. **Em favor da dúvida**. Rio de Janeiro: Campus, 2012, p. 85).

¹¹⁷ GOTTLIEB, Antony. **O sonho da razão**. Rio de Janeiro: Difel, 2007, p. 60.

Terminada essa análise, no capítulo seguinte, vamos enfrentar a clássica questão acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

2 O CONTEÚDO (NÚCLEO¹¹⁸) ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A QUESTÃO DOS LIMITES DOS (AOS) LIMITES (“SCHRANKEN-SCHRANKEN”).

Sumário. 2.1 Do estabelecimento da teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. 2.2 A teoria absoluta. a possibilidade de definição em abstrato do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. o alcance *a priori* dos direitos fundamentais. 2.3 A teoria relativa e a necessidade do caso concreto para delimitar o alcance dos direitos fundamentais. o realismo jurídico influenciando a aplicação dos direitos fundamentais. 2.4 Da superação da busca pela definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais por meio do reconhecimento do caráter retórico do conteúdo essencial de direitos fundamentais.

2.1 DO ESTABELECIMENTO DA TEORIA DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais ocupam lugar central no ordenamento jurídico e na vida das pessoas. Evidentemente, é impossível catalogar todos os direitos fundamentais, porque o rol é inexaurível, e, ainda, deve ser ampliado a partir do surgimento de novas tecnologias, e na medida da evolução ou mesmo da involução da humanidade.

Uma vez caracterizada a existência de determinado direito fundamental, por exemplo, liberdade, propriedade ou intimidade, surge o questionamento sobre qual a extensão desse direito e como ele se comporta quando confrontado com outros direitos fundamentais.

¹¹⁸ Existe crítica à expressão núcleo essencial, no sentido de que seria pleonástica e criadora da esdrúxula ideia de um conteúdo não essencial. Optei por usar ambas as palavras, pois, na tradução do alemão *Wesensgehalt*, a maior parte da doutrina brasileira e o próprio STF utilizam a expressão núcleo essencial. Pulido lembra que: “Es claro que la expresión núcleo o contenido esencial es sólo una metáfora que el derecho ha tomado de las ciencias. Cuando una célula se observa bajo el microscopio, por ejemplo, puede observarse su núcleo en el medio de su citoplasma. La tesis del contenido esencial asimila los derechos fundamentales a entidades cuya estructura se asemeja a la de las células, para señalar que el legislador no puede afectar su núcleo, que este es límite a las decisiones políticas adoptadas en la legislación” (PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 407).

Esse tema leva à busca pelo que foi definido como núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja: existe uma porção que não pode ser suprimida ou atingida, sob pena de se violar frontalmente o próprio direito?

Cabe lembrar que o artigo 19.2 da Lei Fundamental de Bonn já prescreve que “em nenhum caso o direito fundamental pode ser violado na sua essência”¹¹⁹ e, recentemente, o artigo 52 da Carta Europeia de Direitos Humanos¹²⁰ prevê expressamente a ideia de conteúdo essencial de direitos fundamentais ao determinar:

Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros

É claro que a ideia de núcleo essencial provoca a falsa sensação de que existe uma parte “não importante” de cada direito, que pode ser desprezada sem que se viole o direito fundamental. Tal raciocínio é equivocado, pois o fato de não integrar o núcleo essencial do direito fundamental não significa, *sic et simpliciter*, que essa parte é mero ornamento, simples perfumaria, que possa ser descartada sem qualquer motivo.

Ao se aprofundar o estudo das teorias sobre a existência do núcleo essencial de direitos fundamentais, é possível perceber a existência de duas correntes bem delimitadas: uma defende que é viável definir, em abstrato, um mínimo inegociável,

¹¹⁹ *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.* Gilmar Mendes destaca que “Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 212).

¹²⁰ A ideia de núcleo essencial vem sendo positivada em vários lugares do mundo. Nessa linha, Peter Häberle destaca que “A Constituição Polaca deste ano contem uma clausula própria em que estabelece uma proteção do conteúdo essencial. Também, por exemplo, a nova Constituição de Kwazulu-Natal, uma região da África do Sul, do ano de 1996, e a nova constituição da África do Sul contêm uma formulação que relembra a garantia do conteúdo essencial” (HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37).

ao passo que a segunda propõe que somente à luz de um caso concreto é possível estabelecer o alcance de determinado direito fundamental. A opção por uma corrente não é fácil, porque até hoje grassa controvérsia na doutrina e na jurisprudência constitucional a esse respeito.

No que tange ao direito à intimidade, subsiste a questão: é possível definir em abstrato o alcance do direito à intimidade ou somente no caso concreto é possível estabelecer realmente o seu conteúdo? Essa distinção é indispensável para sabermos se é possível estabelecer, na presente tese, as hipóteses de cabimento ou ilicitude das filmagens ou, ainda, se, apesar de conseguirmos alguns *topoi*, eles não terão capacidade para solucionar todos os casos concretos.

Destaca-se que, no atual estágio em que está o constitucionalismo, a preocupação não é apenas com a violação por parte do Executivo ou do Legislativo, mas a teoria do núcleo essencial deve servir também para conter violações de direitos por parte do próprio Poder Judiciário e até mesmo de particulares.¹²¹

Não deve prevalecer a redução de significado que é feita na clássica frase de que a Constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é. Não apenas o Legislador está subordinado aos direitos fundamentais, como também a Suprema Corte está subordinada a eles e não tem legitimidade para impor, apenas pelo argumento de autoridade, restrições ao seu conteúdo. A retórica do Supremo Tribunal federal é, apenas, uma das retóricas concorrentes. O relato vencedor nem sempre será aquele provindo do Judiciário. É grande a divergência teórica e prática acerca de quem deve ter a “última palavra” no assunto, se seria o Tribunal Constitucional ou se seria o Parlamento¹²². Independentemente de se entender por um ou por outro órgão, de um rodízio entre eles, ou mesmo pela vontade popular, o fato é que deve prevalecer a interpretação que irá ampliar direitos fundamentais.

¹²¹ É óbvio que existem profundas divergências doutrinárias sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares. Há três correntes bem delineadas: a) a teoria do *state action*, que nega a aplicação entre particulares; b) a teoria da aplicabilidade mediata, que prega que não há aplicação direta da Constituição e, portanto, conclui que é indispensável que o legislador determine e regule essa aplicação; e c) a teoria da aplicabilidade imediata, que sustenta que diretamente da Constituição se extrai a obrigação dos particulares de respeitar os direitos fundamentais.

¹²² Sobre o tema, ver a interessante obra: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

Desloca-se o eixo de quem tem a última palavra, para analisar substancialmente o que foi dito. A definição do alcance dos direitos fundamentais não pertence a nenhum órgão do Estado e até a vontade popular tem de encontrar limites, pois vivemos em uma sociedade plural, em que é preciso aprender a respeitar o rosto de outrem¹²³ e, infelizmente, a vontade da maioria muitas vezes significa a violação de direitos fundamentais da minoria.

Frise-se que a afirmação da Lei Fundamental de Bonn não se dirige apenas ao Legislador e não se deve reduzir o alcance do instituto.

Devem, portanto, Judiciário e Legislativo, respeitar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, pois somente nesse reconhecimento mútuo de limites é que podemos compreender a proposta de limite dos limites.

A grande dificuldade é aceitar limites mesmo estando com a maioria, com o Tribunal Constitucional ou com o Parlamento, pois pode acontecer que todos esses órgãos, em tom uníssono, desafinem na proteção dos direitos fundamentais.

MacCormick¹²⁴ destacou que “Moreover, we have no guarantee that a contemporary consensus, where it exists, is correct”¹²⁵. Não há, nem pode haver, garantias de que o consenso signifique a melhor decisão, por isso há a necessidade de reconhecer o caráter retórico do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Serão explanadas, agora, as teorias concorrentes sobre como definir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. É cabível aproximar a teoria absoluta com uma visada mais ontológica, e a teoria relativa, com um posicionamento menos abstrato,

¹²³ Levinas destaca que “Esta inversão humana do em-si e do para-si, do cada um por si, em um eu ético, em prioridade do para-outro, esta substituição ao para-si da obstinação ontológica de um eu doravante decerto único, mas único por sua eleição a uma responsabilidade pelo outro homem - irrecusável e inacessível - esta reviravolta radical produzir-se-ia no que chamo encontro do rosto de outrem” LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 242.

¹²⁴ MACCOMIRCK, Neil. **Rhetoric and the rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 20.

¹²⁵ “Ademais, não temos garantias de que um consenso contemporâneo, onde quer que ele exista, seja correto.” (tradução livre)

mas, ainda, não totalmente retórico. Elas vão ser superadas na medida em que se reconheça o caráter retórico da fixação do conteúdo essencial.

2.2 A TEORIA ABSOLUTA. A POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO EM ABSTRATO DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. O ALCANCE A *PRIORI* DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A teoria absoluta defende a possibilidade de se definir em abstrato o alcance do conteúdo do direito fundamental, pois o caso concreto deve se adequar aos limites já previamente estabelecidos, sendo possível conhecer antecipadamente qual o alcance e a postura desejada para que exista um real respeito aos direitos.

É claro que essa teoria não pretende trazer um rol exaustivo de cada direito em espécie, afirmando o que é e o que não é essencial em cada direito, mas ressalta que justamente nas inúmeras variáveis do caso concreto é que o direito fundamental deve mostrar seu valor.

De nada adiantaria afirmar o caráter essencial de determinada parte do direito fundamental se fosse possível, por argumentação, afastar esse alcance. Justamente nos casos difíceis, em que existem opções contrapostas justificáveis, é que deve prevalecer o conteúdo essencial.

De acordo com a teoria absoluta, nem sempre as contingências do caso concreto poderão servir de salvo conduto para a redução do alcance do direito fundamental, pois para esses casos é que foi concebida a ideia de núcleo como limite.

O direito tem por missão conferir previsibilidade à conduta do ser humano. Se, em casos importantes relativos a direitos fundamentais, não se sabe de antemão qual a solução do ordenamento para o conflito, isso significa, em última análise, que a construção da solução será subjetiva e o cidadão ficará inseguro. O direito tem a

obrigação de decidir¹²⁶ e essa decisão não deve ficar sujeita às vicissitudes do caso concreto.

A teoria absoluta se desdobra na teoria do conteúdo essencial dinâmico e na teoria do conteúdo essencial estático¹²⁷.

De acordo com a teoria do conteúdo essencial dinâmico, ao longo do tempo, pode ser alterado o significado desse direito, mas isso não implica a modificação do seu conteúdo por situações de urgências e contingências¹²⁸, mas sim que a própria comunidade pode modificar, num sentido global, os seus referenciais e o que deve ser protegido pelos direitos.

Por sua vez, a teoria do núcleo essencial absoluto-estático, como seu nome indica, defende a imutabilidade eterna desse núcleo, fazendo, portanto, com que ele corresponda a apenas uma pequena porção de cada direito, passível de permanecer incólume com a passagem do tempo. Frise-se que, nessa acepção, é reconhecida a necessidade de abertura dos direitos fundamentais, de modo que somente um pequeno conteúdo poderia ser chamado de conteúdo essencial, pois, como dito, estaria blindado inclusive diante do decurso do tempo¹²⁹.

¹²⁶ Adeodato aponta que “A segunda característica desse direito dogmático, a ser destacada aqui, é a proibição do non liquet ou a obrigatoriedade de decidir. Só com o moderno Leviatã, o Estado passa a decidir, sempre, tudo o que é juridicamente relevante, pretendendo o monopólio da violência legítima e do dizer o direito, em última instância” (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 209). A decisão como ato de vontade é bem lembrada por MacComirck, quando afirma (MACCOMIRCK, Neil. **Rhetoric and the rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 55): “Claiming and deciding are acts of Will, and acts of will are of course not logical conclusions from arguments. Decisions are made, not deduced. What is entailed by a set of premisses is not decided by anybody, though one can indeed decide whatever or not to state or to face up to a conclusion that is logically entailed by the premisses one accepts.” (Petições e decisões são atos de vontade, e atos de vontade não são, evidentemente, conclusões lógicas de argumentos. As decisões são tomadas, não deduzidas. O que está enfeitado em um conjunto de premissas não é decidido por ninguém, embora se possa de fato assumir ou não uma conclusão que é logicamente contextualizada na premissa previamente aceita). (tradução nossa)

¹²⁷ No Brasil, ver a obra de Virgílio Afonso da Silva. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188 e seguintes.

¹²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188.

¹²⁹ Nas sociedades de nosso tempo essa proposta é inviável. Precisamos conviver com a diferença e alternância entre as ideias prevalentes, necessariamente o nosso tempo é dinâmico. Zagrebelsky destaca que: “Las sociedades pluralistas actuales – es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en sentido del pasado-, esto es, las sociedades dotadas en

2.3 A TEORIA RELATIVA E A NECESSIDADE DO CASO CONCRETO PARA DELIMITAR O ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. O REALISMO JURÍDICO INFLUENCIANDO A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A consciência da complexidade nos faz compreender que jamais poderemos escapar da incerteza e que jamais poderemos ter um saber total: a totalidade é a não verdade.¹³⁰

O caso concreto: como compreendê-lo? Esse paciente que não leu o livro de sintomas de doenças, que não se enquadra com precisão em nenhum texto do ordenamento e que provoca a tentação solipsista do julgador e a vontade da parte de dizer que merece um tratamento diferenciado.

A melhor teoria pode se mostrar inadequada na prática, o caso concreto pode revelar o equívoco dos textos e da concepção inicial em relação ao alcance de determinado direito. É impossível prever todas as peculiaridades fáticas a que o texto poderá se sujeitar. A complexidade do mundo da vida inviabiliza esse projeto.

A complexidade do mundo moderno favorece a concepção relativista de direitos fundamentais. Adeodato¹³¹ destaca que:

A complexidade vai tornando o direito mais e mais casuístico [...] o ser humano não consegue lidar com essa complexidade, pois ninguém seria capaz de viver em sociedade se tivesse efetivamente toda a complexidade presente em todo momento da vida. Aí a função da norma: reduzir a

su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 8. ed. Madrid: Trotta Editora, 2008, p. 13).

¹³⁰ MORIN, Edgar. **Rumo ao abismo?**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2011, p. 70.

¹³¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 305. Deve-se lembrar a advertência de Zippelius, ao afirmar que “O direito é uma estrutura complexa. E no entanto voltamos sempre a ceder à tentação de ideias simplificadoras” (ZIPPELIUS. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25).

complexidade para garantir expectativas de condutas futuras, controlar no momento presente o futuro, já que este é incontornável.

É uma pretensão vã a de sustentar a existência, em abstrato, de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, a própria noção de essencialidade se dissipa à luz do caso concreto. O direito é *Law in action* e não apenas *Law in the books*¹³².

Virgílio Afonso da Silva¹³³ destaca que:

O ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis a priori para cada direito fundamental. Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial - e, portanto, a ser protegido - depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto.

É impossível abstrair as circunstâncias do caso concreto, é necessário que, diante de direitos fundamentais, o intérprete possa, de forma fundamentada e sem ser solipsista, (de)limitar¹³⁴, argumentativamente, o alcance dos direitos fundamentais em colisão direta ou indireta.

Verifica-se, na teoria relativa, a importância de enxergar a cláusula do conteúdo essencial como uma proteção, não apenas em face do Legislador, mas também do Juiz. Obviamente, o Legislador não regula o caso concreto, a atuação legislativa tem um maior grau de abertura.

¹³² Zagrebelsky destaca que “Si el derecho debe volver a la realidad, es decir, si debe operar en cada caso concreto conforme al valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice. No basta considerar el derecho de los libros, es preciso tener en cuenta el derecho en acción; no basta una validez lógica es necesaria una validez práctica. Cuántas veces el significado en abstracto de una norma es diferente de su significado en el caso concreto? Cuántas veces las condiciones reales de funcionamiento de una norma tuercen su sentido, en ocasiones invirtiendo la intención del legislador? Siempre que se produce esta desviación, el derecho viviente, o sea, el derecho que efectivamente rege, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 122).

¹³³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 196.

¹³⁴ Há diferença entre limitar e delimitar um direito fundamental. Eduardo Ribeiro aponta que “A delimitação seria então o enquadramento de situações que se aplicam ou não ao direito fundamental, objeto de análise e serve para procurar o alcance constitucional de proteção. Assim, a delimitação é a incidência dos fatos apropriados à discussão do alcance do direito fundamental em análise, e as limitações, por sua vez, são as restrições possíveis impostas aos direitos fundamentais, que o atingem” (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito constitucional atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 255).

Não se deve cair na tentação de afirmar que o Juiz ou o Tribunal Constitucional possuem total liberdade para, a pretexto de regular o caso concreto, utilizar de concepções pessoais, a fim de, arbitrariamente, modelar o direito fundamental.

Aristóteles¹³⁵ já alertava que:

É, portanto, sumamente conveniente que leis bem elaboradas definam por si sós, na medida do possível, todos os casos, deixando o mínimo possível para a decisão dos juizes [...]. A razão mais importante é a seguinte: a deliberação do legislador não diz respeito a casos particulares, mas se refere ao futuro e é geral, ao passo que os membros da assembléia e os juizes têm como função decidir sobre casos presentes e determinados que lhe são apresentados, nos quais freqüentemente se permitirão serem influenciados por sentimentos de amizade, ódio e interesse pessoal, o que os leva a perder a capacidade de discernir com clareza e verdade e ter seu julgamento obscurecido por sentimentos pessoais de prazer e dor.

É preciso, por óbvio, que o juiz seja imparcial, todavia, precisa ter cuidado com suas pré-compreensões, as quais podem, (in) conscientemente, interferir no julgamento. A exigência de motivação da decisão, expondo as razões que a ensejaram, colabora para a tentativa de minimizar o arbítrio do julgador.

Deve-se destacar que, ao contrário de ser um problema, o caso concreto deve funcionar como um redutor de complexidade. Walber Carneiro¹³⁶ destaca que:

O problema é o nosso redutor de complexidade: é nele que jogamos e nele que compreendemos. Assim, só se trabalha com as variáveis que o caso apresenta, isto é com as demandas que o problema demanda. Novas demandas já pressupõem novos problemas. Isso, entretanto, não significa que a redução de complexidade feita a partir de um determinado problema não seja importante para novos problemas, pois trará parâmetros significativos para a comparação através da diferença.

Nessa medida, a teoria relativa procura analisar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, respeitando o caso concreto como fenômeno único, com suas particularidades, as quais fornecerão a justificativa para arrastar a fronteira do direito fundamental ou para mantê-la intocável.

¹³⁵ ARISTOTELES. **Retórica**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2013, p. 40.

¹³⁶ CARNEIRO, Walber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 252.

2.4 DA SUPERAÇÃO DA BUSCA PELA DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DO RECONHECIMENTO DO CARÁTER RETÓRICO DO CONTEÚDO ESSENCIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A irracionalidade do excesso racionalista das pretensões iluministas revela-se claramente na crença em fundamentos últimos que podiam ser vistos como definitivos e imutáveis, quando sabemos hoje que permanente é somente o que é capaz de ter o seu significado renovado conjuntamente com a constante transformação da sociedade moderna.¹³⁷

A teoria do núcleo essencial contribui efetivamente para uma maior proteção dos direitos fundamentais¹³⁸ ou se trata apenas de uma estratégia argumentativa?

É certo que existem críticas tanto à teoria absoluta quanto à teoria relativa.

A teoria absoluta tem o pecado de não ter condições argumentativas para expor, em abstrato, o conteúdo de cada um dos direitos fundamentais¹³⁹.

A teoria relativa, por outro lado, tem o grave defeito de parecer uma *cadena*¹⁴⁰ constitucional. Por mais talentoso que seja o intérprete, não se deve deixar, inteiramente, ao improviso a aplicação de direitos fundamentais¹⁴¹.

¹³⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (In:)certeza do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

¹³⁸ Reis Novaes afirma que “Há, porém, como veremos, um defasamento notório entre o enorme sucesso que a fórmula encontrou e o reduzido sentido jurídico útil e autônomo – se é que algum existe - que, decorrido meio século sobre a sua primeira consagração positivista, é possível atribuir a esta garantia constitucional do conteúdo essencial” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 779).

¹³⁹ Escrevendo em outro contexto, mas plenamente aplicável a criticar a teoria absoluta, Jorge Reis Novaes afirma que: “uma intenção garantística demasiado ambiciosa não ajuda significativamente a satisfação dos objectivos que se propõe - na medida em que as dificuldades objectivas da sua adaptação à realidade lhe minam a força normativa -e, na tentativa de regular a complexidade e a diversidade com formulas demasiado rígidas e redutoras, gera toda uma nova ordem de problemas” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p 17). Pulido destaca que “no existe un critério racional, intersubjetivamente controlable y que no consista en la mera intuición, para dividir con nitidez el contenido de cada derecho fundamental en un contenido esencial y un contenido periférico” (PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 431).

Reconhecidas essas limitações, qual seria, então, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais? A dignidade da pessoa humana seria a resposta?

É preciso afastar-se da ideia tentadora de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais seria obtido a partir da noção de dignidade da pessoa humana. Pieroth e Schlink¹⁴² destacam com precisão que:

Por vezes, afirma-se que o conteúdo essencial de um direito fundamental coincide com o seu conteúdo de dignidade humana (cf. n.m. 367). Contra esse entendimento aponta desde logo a consideração de que, nesse caso, o art. 19º, n. 2, ficaria destituído de função, efetivamente, o seu efeito de proteção estaria contido, na sua plenitude, no art. 79, n. 3. Além disso, nem todos os direitos fundamentais estão em correlação com a dignidade humana.

Não será a utilização da dignidade da pessoa humana a melhor resposta para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, até porque, com essa solução, surge o problema de qual o conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana. Então, qual a melhor resposta para densificar a teoria¹⁴³? Ademais existem direitos fundamentais que não se podem subsumir à ideia de dignidade da pessoa humana¹⁴⁴.

¹⁴⁰ “Originalmente, a *cadenza* foi, e continua sendo, um ornamento musical improvisado por um ator para elaborar uma cadência em uma aria. Posteriormente, foi usada na música instrumental e logo se tornou um elemento padrão no concerto. Originalmente, ela também era improvisada no concerto, mas durante o século 19, compositores começaram a escrever *cadenzas* na íntegra. Terceiros também escreviam *cadenzas* para obras em que o compositor pretendia o improvisado, de modo que os solistas desempenhassem um bom solo que pudesse ser ensaiado com antecedência”. Veja o interessante artigo: FABER, Daniel. “**Cadenzas**” **Constitucionais**. In: CARBONELL, Miguel; SARLET, Ingo; LEITE, George (Coord.). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 57 e ss.

¹⁴¹ Também em outro contexto, ainda assim aqui aplicável, Pulido afirma que: “el inconveniente de hacer desembocar la práctica interpretativa de los derechos fundamentales en una ininteligible jurisprudencia ad hoc, que pretende magnificar la justicia del caso concreto, pero que paralelamente entraña un sacrificio desmedido para la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho” (PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 194).

¹⁴² PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148.

¹⁴³ Reis Novaes cataloga outras sete linhas de fundamentação para definir o conteúdo essencial, mas destaca que “as tentativas de descobrir um critério orientador da delimitação multiplicam-se, mas nenhuma delas ultrapassa um nível de abstracção que permite, na situação concreta, uma aplicação da garantia com um qualquer sentido” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 789).

¹⁴⁴ Um exemplo seria a questão ambiental ou o reconhecimento dos direitos dos animais. Ney Bello explica que: “o direito ao ambiente não permite redução ao princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu fundamento material deve residir em outros princípios, como a igualdade e a liberdade, e o

Existe entendimento defendendo que o núcleo essencial dos direitos fundamentais seria encontrado a partir das cláusulas pétreas existentes em nossa Constituição¹⁴⁵.

Não parece, tampouco, a melhor solução, pois a própria existência de cláusulas pétreas não é pacífica na teoria constitucional e, ademais, esse critério não fornece densidade suficiente para a delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, principalmente quando cláusulas pétreas entram em colisão, como no clássico exemplo do conflito entre a liberdade de expressão e a intimidade, para definir se uma notícia pode ou não ser publicada em um jornal.

Devemos procurar, então, em que critério a definição do núcleo essencial? Há alguma teoria que vem sendo aplicada na prática?

Na Alemanha, Alexy¹⁴⁶ destaca:

Diversas manifestações do Tribunal Constitucional Federal sugerem que ele defende uma teoria absoluta. Na decisão sobre gravações secretas afirma-se, nesse sentido, que nem mesmo interesses preponderantes da sociedade podem justificar uma intervenção na esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta; não há lugar para um sopesamento nos termos da máxima da proporcionalidade[...] há decisões, contudo que só podem ser interpretadas nos termos de uma teoria relativa[...] A convicção de que existem direitos que não são relativizados nem mesmo sob circunstâncias as mais extremas - e apenas esses direitos são genuinamente absolutos - pode ser defendida como vinculante pelo indivíduo que tenha a liberdade de se sacrificar em nome de determinadas máximas, mas não pode ser válida a partir da perspectiva do direito constitucional.

próprio princípio da proteção do ambiente.” (BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 40).

¹⁴⁵ Gilmar Mendes afirma: “A ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Tal cláusula reforça a ideia de um limite do limite também par ao legislador ordinário.” (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 215).

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 298.

Existe, por mais contraditório que possa parecer¹⁴⁷, a utilização de uma ou outra teoria mesmo no Tribunal Constitucional Alemão, o que vem a desvelar a existência de fragilidades¹⁴⁸ e virtudes em ambos os pensamentos.

No Brasil¹⁴⁹, o STF também já se manifestou expressamente no sentido de reconhecer a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais. Dentre as várias decisões do STF nesse sentido, é possível destacar as seguintes:

a) decidiu pela não recepção do art. 4º, V, do Decreto-Lei n.º 972/69, por considerar que a exigência do diploma para o exercício da profissão de jornalista violaria o núcleo essencial do livre exercício profissional, uma vez que somente poderiam ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma forma, poderiam trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, como a medicina e as demais profissões ligadas à área da saúde, à engenharia, à advocacia e à magistratura, dentre outras. Dessa forma, a profissão de jornalista, por não implicar tais riscos, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício, sendo que eventuais riscos ou danos efetivos provocados por profissional do jornalismo a terceiros não seriam inerentes à atividade e, dessa forma, não seriam evitáveis pela exigência de um diploma de graduação¹⁵⁰;

¹⁴⁷ Bachelard ressalta que “já foi dito muitas vezes que uma hipótese científica que não esbarra em nenhuma contradição tem tudo para ser uma hipótese inútil” (BACHELARD, Gastón. **A formação do espírito científico**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto. 1996, p. 14).

¹⁴⁸ Luis Prieto Sanchís destaca que “Todo ello nos conduce a un callejón sin salida: no es posible determinar en abstracto y de modo definitivo el contenido esencial de cada derecho, pero, a su vez, cuando nos trasladamos al enjuiciamiento concreto tan solo cabe hablar de justificación o ponderación y la cláusula en cuestión muestra una notable falta de fecundidad argumentativa; pues así como es posible argumentar acerca de la justificación o adecuación de una medida limitadora, la distinción entre lo esencial y lo accidental tan solo puede apelar a una más o menos artificiosa estipulación subjetiva. De modo que la garantía del contenido esencial se convierte en un argumento en blanco” (SANCHES, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta. 2009, p. 235).

¹⁴⁹ Gilmar Mendes entende que o tema já se fazia presente na Constituição de 1967/69 e que na famosa representação n.º 930 o STF enfrentou o problema, destacando que “Vê-se, pois, que a argumentação desenvolvida no aludido precedente parece revelar a apreensão dessa ideia de limite do limite também entre nós.” (MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215).

¹⁵⁰ Ver Informativo n.º 551 do STF.

b) na reclamação n.º 15887/MG¹⁵¹, foi discutido o conteúdo essencial do direito de reunião e livre manifestação do pensamento e foi cassada a decisão do TJMG que havia proibido as manifestações populares naquele Estado, exatamente ao argumento de que afrontava o conteúdo essencial do direito de reunião;

c) no julgamento da “Lei da Ficha Limpa”, o STF expressamente afirmou inexistir violação ao núcleo essencial dos direitos políticos¹⁵², haja vista que apenas o direito passivo seria restringido, porquanto o cidadão permaneceria em pleno gozo dos seus direitos ativos de participação política;

d) concluiu que a exigência do Exame de Ordem para o exercício da profissão de advogado não viola o núcleo essencial da liberdade profissional¹⁵³.

Verifica-se, portanto, que já existe, na jurisprudência brasileira, a adoção da ideia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Qual definição, então, dar a esse núcleo?

Häberle¹⁵⁴, que enfrentou o tema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais em sua tese de doutorado, reconhece que:

Recorda-me minha tese do significado retórico da garantia do conteúdo essencial: trata-se, naturalmente, de um aguçamento retórico, pois o que se queria dizer era: se defende uma perspectiva da cláusula do conteúdo essencial do tipo tanto-quanto ou relativo-absoluta, então se trata de uma regra declaratória, embora, por assim dizer, é constitutiva em seu sentido de reserva.

Devemos sempre lembrar que a retórica não pode ser interpretada apenas em sentido negativo¹⁵⁵, ao contrário, a retórica tem o papel importante de destacar que a eliminação por completo do direito é inconstitucional.

¹⁵¹ Ver Informativo n.º 712 do STF.

¹⁵² Ver Informativo n.º 647 do STF.

¹⁵³ Ver Informativo n.º 646 do STF.

¹⁵⁴ HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38.

¹⁵⁵ A utilização positiva da retórica é recorrente na obra de João Mauricio Adeodato. Ballweg destaca que “A última crença é a crença na linguagem. Na dissolução dessa superstição, a retórica é a última forma de iluminismo”. *Apud* ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 03.

O núcleo essencial não é mesmo para ser definido, porque tem a característica de uma retórica estratégica ou prática¹⁵⁶. A definição de conteúdo do núcleo essencial provoca um congelamento de possibilidades, incompatível com o objetivo central de evitar-se a sedução pelo “canto das sereias” e de não se ter a plasticidade necessária para a prolação da decisão mais adequada.

A busca por definir o conteúdo dos direitos fundamentais é, em certa medida, bem retratada na piada de Dulong¹⁵⁷, que falava, a respeito da precisão científica: “ele tem certeza do terceiro algarismo depois da vírgula; é do primeiro que ele tem dúvida”. Facilmente afastaríamos o que vem “depois da vírgula”, mas existem, e sempre existirão, dúvidas sobre o que é essencial em direitos fundamentais, ou seja, sobre o “número anterior à vírgula”.

Um exemplo emblemático da função retórica do conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode ser extraído da famosa exigência, para a condenação no direito norte-americano, da prova *beyond a reasonable doubt* (“para além de uma dúvida razoável”).

Efetivamente, esse direito fundamental é reconhecido mesmo sem estar previsto na Constituição americana. James Whitman¹⁵⁸ esclarece que:

Indeed, the requirement of proof beyond a reasonable doubt is so fundamental that the Supreme Court has read it into our constitutional Law, even though the phrase reasonable doubt appears nowhere in the Constitution. The Court’s interpretations of the Constitution are often controversial, but there is no controversy about this one: everyone seems to agree that American criminal law would be unimaginable without the reasonable doubt standard of proof, regardless of what the text of the Constitutional may or may not say.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Adeodato esclarece que “A retórica prática, ou estratégica, já é reflexiva, constitui um primeiro grau da metarretórica, uma retórica sobre a retórica material, que parte dela e a ela retorna para reconstituí-la, isto é, interferir sobre ela. Para chegar a essa práxis, a retórica estratégica precisa de uma doutrina, uma teoria, aquele conjunto de regras construídas a partir da observação da retórica dos métodos que tem por objetivo influir sobre eles e possibilitar sucesso a quem deles utiliza. Ela observa como funciona a retórica material e verifica que fórmulas dão certo, construindo uma pragmática finalística e normativa da comunicação” (ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73).

¹⁵⁷ BACHELARD, Gastón. **A formação do espírito científico**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto. 1996, p. 263.

¹⁵⁸ WHITMAN, James Q. **The origins of reasonable doubt**. New Haven: Yale Press, 2008, p. 01.

¹⁵⁹ “Na verdade, a exigência da prova além de uma dúvida razoável, é tão fundamental que a Suprema Corte a identifica em nosso direito constitucional, embora a frase “dúvida razoável” não

É de lembrar que, demonstrando o caráter ambivalente dos direitos fundamentais, em um primeiro momento, essa garantia serviu para aumentar as condenações penais, pois, antes do seu surgimento, por motivos religiosos, os jurados tinham certo receio em condenar¹⁶⁰, de modo que, não tendo a certeza definitiva, decidiam pela absolvição¹⁶¹.

Com a mudança da necessidade de certeza para a ausência de dúvida razoável, houve a tranqüilidade moral para um maior número de condenações.

Hoje, entretanto, a garantia cumpre um papel fundamental de evitar condenações com dúvida e prestigiar o direito de liberdade. A dificuldade está na porosidade das palavras e na impossibilidade de definir-se o que seria, nesse caso, uma dúvida razoável para condenar.

Não há, em tema tão sensível como esse, nenhuma forma de congelar um significado e apontá-lo como sendo o conteúdo essencial desse direito fundamental,

apareça em lugar algum da Constituição. As interpretações da Corte em matéria constitucional são muitas vezes controversas, mas não há nenhuma controvérsia sobre isto: todos parecem concordar que o direito penal americano seria inimaginável sem o padrão de qualquer dúvida razoável da prova, independentemente do que o texto da Constituição pode ou não pode dizer”. (tradução nossa)

¹⁶⁰ James Whitman aduz (WHITMAN, James Q. **The origins of reasonable doubt**. New Haven: Yale Press. 2008, p. 07): “Our ancestors were afraid to judge, at least sometimes. Certainly they were more afraid than we are. If they were Christians, they brought a sense of their own sinfulness to the task of judging, doubting their own authority to condemn. At least some of the time, they took Matthew’s Judge not, lest ye be judged! In: real earnest, and their legal doctrines reflected that fact.” (Nossos antepassados tinham medo de julgar, pelo menos algumas vezes. Certamente eles tinham mais medo do que nós. Sendo eles cristãos, traziam o senso de sua própria pecaminosidade para a tarefa de julgar, duvidando da sua própria autoridade para condenar. Por um bom tempo, eles levaram a sério o dito de Mateus – não julgues para não serdes julgados! Isso os marcou e suas doutrinas jurídicas refletiram tudo isso). (tradução nossa)

¹⁶¹ James Whitman lembra (WHITMAN, James Q. **The origins of reasonable doubt**. New Haven: Yale Press. 2008, p. 04-11): “Judging is dangerous- not just to the accused but also to the judge [...] you risk making yourself into a murderer [...] Such is the story this book tells. As it suggests, the beyond a reasonable doubt standard was not originally designed to make it more difficult for juror to convict. It was designed to make conviction easier, by assuring jurors that their souls were safe if they voted to condemn the accused. In: its original form, it had nothing to do with maintaining the rule of law In: the sense that we use the phrase, and nothing like the relationship to the values of liberty we ascribe to it today.” (Julgar é perigoso, não apenas para os acusados, mas também para o juiz [...] corre o risco de tornar-se um assassino [...] Essa é a história que este livro conta. Como ele sugere, o desenvolvimento da teoria de um padrão de dúvida razoável não foi originalmente concebido para tornar mais difícil para os Jurados a missão de condenar. Ela foi projetada para tornar mais fácil a convicção, assegurando aos jurados que as suas almas estariam salvas se eles votassem para condenar o acusado. Em sua forma original, não tinha nada a ver com a manutenção do Estado de direito no sentido que atualmente adotamos, e nenhuma relação com os valores da liberdade como hoje a eles atribuímos). (tradução nossa)

mas é inegável a importância desse *standard* probatório, ou seja, há de reconhecer-se, mais uma vez, a função retórica da garantia do conteúdo essencial e dos próprios direitos fundamentais.

É preciso utilizar o caso concreto e as normas abstratas, como lembram os alemães na precisa palavra *Rechtsfindung*¹⁶², é preciso pensar o problema como a tópica exige, há que se analisar a Constituição, as leis, os precedentes e a doutrina e, então, procurar, analiticamente e à exaustão, os argumentos favoráveis e contrários a determinada conclusão, a fim de que do debate se possa evidenciar a melhor solução possível para o caso concreto.

Fortalecer a necessidade de proteção, tanto por ação quanto por omissão, essa é a função da teoria do conteúdo essencial.

Ao exigir-se respeito ao conteúdo essencial, faz-se uma espécie de sinal de alerta para o intérprete, legislador ou juiz: “perigo, aqui não há espaço para caprichos ou modismos, ao contrário, é preciso muita atenção para equilibrar os interesses em jogo, pois se está diante de questões importantes que exigem calma e equilíbrio para sua solução”.

¹⁶² Morigiwa destaca (MORIGIWA, Yasutomo. The coexistence of stability and justice In: the interpretation of law. In: ADEODATO, João Mauricio: **Human rights and the problem of legal injustice**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 280): “The Germans have a wonderful word for this process of finding the right answer to a legal problem. It is called *Rechtsfindung*. I find no comparable term in any other language I know. The *Recht* here has different connotations. It can mean the law, it can mean right as in: right to free speech, and it can also mean correctness or justice. *Findung* can mean find in: the sense of discovery, but it can also be the meaning of the word find as when we find the facts of a case, i.e, recognition of what the facts are, based on proof. By intentionally being ambiguous about which sense to use, the word *Rechtsfindung* actually mixes into one, all the issues that need to be considered when we are trying to come up with the correct solution.” (Os alemães têm uma palavra maravilhosa para este processo de encontrar a resposta certa para um problema jurídico. Ela é chamado *Rechtsfindung*. Não encontro palavra comparável em qualquer outra língua que eu conheço. O “*Recht*” aqui tem diferentes conotações. Pode significar a lei, pode significar o direito à liberdade de expressão, e também pode significar correta aplicação da justiça. “*Findung*” pode significar o ato de descobrir, mas também pode significar a identificação dos fatos de um caso, ou seja, a identificação sobre o que os fatos são, com base na prova. Por ser intencionalmente ambíguo sobre o sentido a ser usado, a palavra *Rechtsfindung* realmente combina em um só, todos os problemas que precisam ser considerados quando tentamos chegar à solução correta).(tradução nossa)

É de reconhecer-se, ainda, a aplicação direta¹⁶³ da ideia de núcleo essencial para ampliar, retoricamente, a proteção de direitos fundamentais, ou seja, mesmo sem menção na Constituição Brasileira a essa teoria, ela pode (e deve) ser utilizada para a resolução de casos concretos.

O limite da retórica será determinado pelos contrangimentos impostos pelo controle intersubjetivo da linguagem. Deveras, o resultado argumentativo precisa ter esse caráter, não podem ser admitidas decisões intolerantes. Há uma tendência natural à intolerância, como lembra Ricoeur¹⁶⁴:

A intolerância tem sua origem em uma predisposição comum a todos os humanos, a de impor suas próprias crenças, suas próprias convicções, desde que disponham, ao mesmo tempo, do poder de impor e da crença na legitimidade desse poder.

O rio de Heráclito deve correr na aceitação do outro, no respeito à diferença. Esse é um limite importante que deve ser reavivado - e não esquecido - quando se reconhece o caráter retórico e a impossibilidade de definição apriorística do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Em um exercício de prolepse, poder-se-ia imaginar que o presente trabalho não demonstra concretamente o modo pelo qual a retórica irá atuar na determinação do conteúdo essencial do direito fundamental. De fato, é improdutivo e incongruente com a ideia de caso concreto a tentativa de explicar a retórica através de um procedimento padrão abstrato. A atitude retórica-tópica impele à tentativa de ver o problema por inteiro, e, a partir dele, definir a solução. Os exemplos não permitem chegar à teoria por indução, pois ele é adequado, *rebus sic stantibus*, para o caso, e não como uma definição doutrinária ou ontológica do conteúdo essencial do direito fundamental.

¹⁶³ Reconhecendo essa aplicação direta, Ana Maria Lopes destaca que “A importância da garantia como mecanismo de limite ao poder de legislar é inquestionável, não apenas porque é uma garantia que não depende de maiores regulamentações – visto que sua aplicação pode ser direta, facilitando sua utilização –, mas porque, por meio dela, pode-se garantir o real exercício dos direitos fundamentais, elementos legitimadores e fortalecedores do Estado Democrático de Direito” (LOPES, Ana Maria D’ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: **Revista de informação legislativa**, n. 41, out-dez, 2004, p. 14).

¹⁶⁴ RICOEUR, Paul. Etapa atual do pensamento sobre a intolerância. In: DUCROCQ, Françoise Barret. **A intolerância**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2000, p. 18.

Conclui-se, então, que, no lugar de tentar definir o núcleo essencial, devemos compreendê-lo como um escudo mutante para impedir a violação de direitos fundamentais. A concepção retórica do núcleo essencial serve, pois, como afirma Adeodato¹⁶⁵ em relação ao ordenamento jurídico, para imunizar os profissionais do direito contra ornamentos e engodos erísticos, pois quem conhece as artimanhas retóricas está apto a defender-se mais estrategicamente.

A aproximação do núcleo essencial dos direitos fundamentais com a retórica é o reconhecimento do acerto da clássica frase de Ballweg, ao afirmar que “An der Rethorik Führt Kein recht vorbei”, ou seja, da retórica nenhum direito escapa¹⁶⁶. É preciso aceitar a existência de ônus argumentativos para reconhecer ou afastar determinadas interpretações e, ainda, que a retórica contribuirá para a fixação concreta temporal e espacial do sentido vencedor ou preponderante de um determinado direito. Como a última barreira da retórica será o controle público da linguagem, é de se destacar que a palavra essencial não significa uma concessão à ontologia, mas apenas que esse controle público moldou, temporária e circunstancialmente, o âmbito de incidência do direito sob análise.

¹⁶⁵ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 236.

¹⁶⁶ BALLWEG, Ottmar. Retórica Analítica e direito. Trad. João Maurício Adeodato. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. **Filosofia e teoria geral do direito**: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin. 2011, p. 966.

3 O DIREITO À PRIVACIDADE EM FACE DA SOCIEDADE DE RISCO, DO ESPETÁCULO E DO CONSUMO. QUE GRAU DE PRIVACIDADE AINDA SUBSISTE NESSE TIPO DE SOCIEDADE?

Sumário. 3.1 O conceito de direito à intimidade. o problema da (utilidade da) distinção entre intimidade e privacidade. do direito de estar só à privacidade motivada. 3.2 A sociedade de risco influenciando o direito penal e o alcance dos direitos fundamentais no processo penal. 3.3 A sociedade do espetáculo e o direito civil. a necessidade de ser visto como forma de pertencimento à sociedade do espetáculo. 3.4 A sociedade do consumo e o direito do trabalho. a escravidão moderna. 3.5 O mundo real é virtual e o mundo virtual é real. o *big brother* social. que grau de intimidade é irrenunciável? a necessidade de redefinição do espaço de privacidade em prol da utopia de segurança.

3.1 O CONCEITO DE DIREITO À INTIMIDADE. O PROBLEMA DA (UTILIDADE DA) DISTINÇÃO ENTRE INTIMIDADE E PRIVACIDADE. DO DIREITO DE ESTAR SÓ À PRIVACIDADE MOTIVADA.

A origem da necessidade de respeito à intimidade é muito remota¹⁶⁷, todavia, tecnicamente, só se pode falar em intimidade a partir do estabelecimento da Modernidade¹⁶⁸. Aponta-se majoritariamente o famoso artigo *Right to Privacy*, de Warren e Brandeis, como o marco da fixação do *right to be alone* no direito norte-americano¹⁶⁹ e a construção da atual noção ocidental do direito à intimidade¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Lembrando a advertência de Luciano Oliveira, não se mencionará o Código de Hammurabi. Ver OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. Esse hábito não é exclusivo do Brasil. Solove afirma sobre o direito à privacidade (SOLOVE, Daniel. **Nothing to hide**. The False tradeoff between Privacy and Security. Yale: Yale University, 2011, p. 04): “People have cared about privacy since antiquity. The Code of Hammurabi protected the home against intrusion, as did ancient Roman law. The early Hebrews had laws safeguarding against surveillance.” (“As pessoas têm se preocupado com a privacidade desde a antiguidade. O Código de Hammurabi protegia a casa contra intrusos, como o fez o direito romano antigo. Os primeiros hebreus tinham leis que protegiam contra a bisbilhotice”). (tradução nossa)

¹⁶⁸ Nesse diapasão, Tércio Sampaio afirma que: “O direito à privacidade tem raízes modernas [...] O direito à privacidade, portanto, é uma figura moderna, construída a partir da esfera privada e nela delineada, em contraposição ao social e, por extensão, ao político” (FERRAZ Junior, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007, p. 173).

¹⁶⁹ Anthony Lewis destaca que “O debate jurídico sobre a privacidade remonta a um extraordinário artigo de resenha jurídica, O direito à privacidade, escrito por Louis D. Brandeis e Samuel D. Warren,

Citando exemplo interessante sobre a origem do reconhecimento da noção de privacidade no direito alemão, Miranda, Rodrigues Jr. e Fruet¹⁷¹ destacam que:

A jurisprudência alemã, ainda no século XIX, apresentou um caso emblemático que envolveu a proteção da imagem do ex-chanceler Otto Von Bismarck. Ele faleceu em 1898 e dois jornalistas conseguiram entrar em seu quarto, após terem subornados alguns criados, e fotografar seu cadáver, com o objetivo de vender as imagens. Como se descreve com mais detalhes na nota de rodapé, Bismarck pode ser considerado como uma das primeiras celebridades modernas. Desse modo, a negociação da imagem de seu corpo implicaria ganhos muito significativos para esses profissionais extremamente ousados, uma espécie de paparazzi do século XIX. Os herdeiros de Bismarck processaram os fotógrafos e obtiveram uma injunção para impedir a divulgação das imagens, além da apreensão das chapas, dos negativos e das impressões. A decisão do Tribunal do Reich (Reichgerichtshof) que foi de 28.12.1899, às vésperas da entrada em vigor do novo código civil alemão, usou como fundamento a entrada ilegal dos autores das imagens na propriedade particular de Bismarck.

É de se fixar que, posteriormente ao episódio narrado, o direito à intimidade foi positivado no ordenamento internacional, uma vez que tanto a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, quanto a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e o Pacto de São José da Costa Rica, dentre outras normas internacionais, reconhecem expressamente a existência do direito à intimidade.

Após essa brevíssima digressão histórica, é de se destacar que a nossa Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso X, prevê expressamente que:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

publicado em 1890 na Harvard Law School. Foi extraordinário porque teve mais efeitos legais do que qualquer outro que já foi escrito para uma revista jurídica. A partir dele, a maioria dos estados adotou regras legais para proteger a privacidade, por meio de legislação ou decisões judiciais” (LEWIS, Anthony. **Liberdade para ideia que odiamos**. São Paulo: Aracati, 2011, p. 89).

¹⁷⁰ José Paulo Baltazar aponta que anteriormente na Alemanha houve a obra de Röder: “na doutrina, o pioneiro foi David Augusto Röder, ao publicar na Alemanha, em 1846, obra intitulada “Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie”, definindo como violação do direito natural à vida privada as condutas de incomodar alguém com perguntas indiscretas ou entrar em um aposento sem se fazer anunciar” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

¹⁷¹ MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado da arte da matéria no direito comparado. In: **Direitos da Personalidade**. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET Gustavo Bonato (Coord.). São Paulo: Atlas, 2012 p. 15.

A partir da leitura do texto constitucional faz-se necessário distinguir intimidade de vida privada uma vez que o legislador constitucional fez a distinção¹⁷².

Os autores dessa visão compreenderão a vida privada como mais ampla que a intimidade. A teoria das esferas concêntricas com espectros de atuação é a que vai melhor sustentar a distinção entre vida privada e intimidade¹⁷³, entretanto cabe destacar que a teoria das esferas¹⁷⁴ está superada, pois não é possível realizarmos uma divisão estática, congeladora de sentidos e possibilidades, em tema tão sensível. A distinção entre vida privada e intimidade não traz vantagens o que justifica por que, a partir desse momento, esse trabalho irá tratar intimidade ou privacidade como sinônimas. A subjetividade ínsita na separação dos termos não traz benefícios práticos e lembrando a famosa navalha de Ockham¹⁷⁵, deve-se optar pela explicação mais simples de um fenômeno.

¹⁷² Não apenas o português tem essa distinção. Spiridon Anyfantis destaca que “Em diversos países foram criadas expressões distintas para significar a intimidade e a vida privada. Assim, em alemão afirma-se *Intimität* e *Privat Leben*; em francês *Intimité* e *Vie privée*; em italiano *Intimitá* e *Riservatezza*; em inglês *Intimity* e *Privacy* e finalmente em espanhol *Intimidad* e *Vida privada*” (ANYFANTIS. Spiridon. **Provas audiovisuais e sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 100).

¹⁷³ Paulo Jose da Costa Junior destaca que “A vida particular ou privada costuma ser subdividida pela doutrina alemã em três esferas, de dimensões progressivamente menores, na medida em que a intimidade se for restringindo. Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada propriamente dita, que é a esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*)... No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*Vertrauensphäre*) ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitssphäre*). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o individuo deposita certa confiança e com as quais mantém intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o *quibus ex populo* como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade... Por derradeiro, o âmago da esfera privada está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (*Geheimisphäre*)... Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito” (COSTA JUNIOR, Paulo José. **Agressões à intimidade**: O episódio Lady Di. São Paulo: Malheiros, p. 25).

¹⁷⁴ Uribe destaca que “La doctrina alemana ha elaborado la teoría de las esferas, hoy superada por el Tribunal Constitucional Federal, con el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa. En virtud de dicha teoría, se distinguen diferentes compartimentos o esferas concéntricas en los derechos de la personalidad con distinta intensidad de protección. Así un círculo de protección sería la llamada esfera individual que comprende todo lo relativo a la singularidad individual como la integridad corporal, el honor o el nombre y su protección en la sociedad. Una segunda esfera que abrazaría todo lo privado o íntimo y una tercera que englobaría todo lo secreto que se viola cuando es revelado o conocido por otros. Lo secreto hace referencia a las noticias que deben quedar ocultas, lo íntimo al ámbito de vida familiar y personal y lo individual a la peculiaridad de la persona. Esta teoría fue acogida en Europa y EEUU, si bien criticada por la imposibilidad de mantener dichas esferas en compartimento estancos, sin interrelaciones. Hoy se ha superado y la intimidad no es solo reserva, secreto, aislamiento, sino también control y poder de exclusión respecto a nuestra vida privada” (URIBE, Carlos Enrique Serra. **Derecho a la intimidad y videovigilancia policial**. Madrid: Laberinto, 2006, p. 30).

¹⁷⁵ Há uma crítica efetuada ao emprego da navalha de Occam no sentido do texto efetuado por Sterling ao afirmar que: “A navalha de Ockham” é uma máxima frequentemente citada como argumento e atribuída a Willian of Ockham. É tipicamente expressa como “entidades não são

A melhor interpretação é a que equipara intimidade e vida privada¹⁷⁶, até porque a proteção material estaria garantida, pouco importando considerar o caso concreto como exemplo de privacidade ou de intimidade.

multiplicadas sem necessidade”. Às vezes, é entendida da seguinte maneira: quando há escolha entre duas teorias, deve-se escolher a que emprega menos entidades (ou menos tipos diferentes de entidades). Outras vezes, entende-se que, caso uma entidade não seja necessária para explicar alguma coisa, deve-se negar sua existência. Essa concepção mais comum, no entanto, é um equívoco sob vários aspectos. Primeiro, Ockham nunca disse essas palavras – o nome “Navalha de Ockham” foi inventado em 1852 e as palavras atribuídas a Ockham não aparecem em nenhuma de suas obras conhecidas. (Os dois enunciados acima representam a real posição de Ockham.) Segundo, a idéia de que não devemos acreditar em coisas sem uma boa razão não é uma idéia original de Ockham e nem o distingue. Terceiro, a navalha não é propriamente um argumento, mas uma premissa ou princípio usado para criar argumentos de uma certa forma. Finalmente, o próprio Ockham não usou realmente o argumento para negar a existência de qualquer entidade possível, apenas para pô-las em dúvida.” STERLING, Grant A navalha de Ockham In BRUCE, Michael , BARBONE, Steven (coords). **Os 100 argumentos mais importantes da filosofia ocidental**. São Paulo: Cultrix, 2013, p 79. Cabe frisar que apesar da crítica, a navalha de Ockham ou princípio da parcimônia vem sendo empregado na ciência no sentido utilizado na presente tese.

¹⁷⁶ Nesse sentido veja Arenhart, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000, p. 49. Também Danilo Doneda afirma: “A verdadeira questão que a terminologia constitucional nos propõe é a seguinte: Se foram utilizados de fato dois termos diversos, estaríamos diante de duas hipóteses diversas que devem ser valoradas de formas diferentes? Responderemos que não, pelos seguintes motivos: (i) a ausência de uma clara determinação terminológica na doutrina e jurisprudência, além do fato de ser a primeira vez que o tema ganhou assento constitucional, podem ter sugerido ao legislador optar pelo excesso e referir ambas as expressões mais correntes relacionadas à privacidade, até pelo temor de reduzir a aplicabilidade da norma; (ii) a discussão dogmática sobre os limites entre ambos os conceitos, visto o alto grau de subjetividade que encerra, desviaria o foco do problema principal, que é a aplicação do direito fundamental em questão, em sua emanção constitucional (DONEDA, Danilo. **Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro**: da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. Fonte: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460. Acesso em: 29/5/2014). Alice Monteiro de Barros lembra que, em português, os termos “privacidade” e “intimidade” são sinônimos, constituindo elementos necessários à convivência entre os homens. (BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2009, p. 34). Uadi Lammêgo Bulos também destaca: É grande a ligação entre a intimidade e a vida privada. Mesmo o constituinte tendo apartado uma expressão da outra, não há como dissociar o direito à intimidade do direito à privacidade. Intimidade e privacidade são sinônimos e devem ser considerados valores humanos supremos, conexos ao direito de ficar tranquilo, em paz, de estar só. O que se busca tutelar são o segredo e a liberdade da vida privada. Sem sigilo ninguém pode desenvolver-se intelectualmente, pois nem sempre a divulgação e a investigação são benéficos ao homem (Pierre Kayser). Noutro ângulo, destituído de liberdade de ação, longe da perturbação de terceiros, o indivíduo jamais pode dirigir-se por si mesmo, autodeterminando sua conduta e desenvolvendo sua personalidade.”. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 104. Por fim, Ingo Sarlet destaca: “Embora exista quem – no direito constitucional brasileiro e em virtude do texto da Constituição Federal – busque traçar uma distinção entre o direito à privacidade e o direito à intimidade, de tal sorte que o primeiro trataria de reserva sobre comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, incluindo as relações comerciais e profissionais, ao passo que o segundo guardaria relação com a proteção de uma esfera mais íntima da vida do indivíduo, envolvendo suas relações familiares e suas amizades, etc., tal distinção é difícil de sustentar, especialmente em virtude da fluidez entre as diversas esferas da vida privada (incluindo a intimidade), de modo que também aqui adotaremos uma noção abrangente, incluindo a intimidade no âmbito de proteção mais amplo do direito à vida privada (privacidade).” SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2013, p 405.

Não adotada essa distinção, deve-se pontuar que nenhum direito fundamental é absoluto. A intimidade que está protegida constitucionalmente é o exercício legítimo do direito à intimidade.

Os direitos fundamentais não são escudos para a prática de crimes. A intimidade é garantida se for motivada, ou seja, seu uso regular é tutelado constitucionalmente, o abuso, não. E, no sentido contrário, se houver um motivo justificado, a intimidade não pode ser alegada como um dogma.

Um exemplo interessante é a questão da inviolabilidade do domicílio, que, apesar de ser tratada em inciso autônomo do artigo 5º da Constituição, tem sua matriz no direito à intimidade.

Não há dúvidas de que a Constituição expressamente protege o domicílio, mas há no texto constitucional três hipóteses expressas em que esse direito não pode ser alegado, a saber: em caso de flagrante de crime, de necessidade de prestar socorro ou, durante o dia, para cumprir mandado judicial.

Vê-se, portanto, que a Constituição afasta a intimidade e a inviolabilidade do domicílio de quem está em flagrante delito, autorizando qualquer pessoa do povo a ingressar no domicílio e efetuar a prisão em flagrante.

Agiu de modo acertado o constituinte, uma vez que, de fato, quem está em flagrante delito não pode opor a intimidade para invalidar sua prisão. A alegação genérica de intimidade não deve ser aplicada nessa situação. Existindo, portanto, um motivo relevante, a intimidade pode ser mitigada.

Defende-se nessa linha que a intimidade protegida constitucionalmente é a intimidade motivada, ou seja, existe a proteção contra a bisbilhotice, contra a mera

curiosidade do cidadão¹⁷⁷ ou do Estado, todavia, essa intimidade pode ser afastada se existir um motivo relevante.

No direito comparado, vale a pena conferir o Código Civil Português, que, de modo interessante, prevê no seu artigo 80:

(Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada)

1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.
2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

Como discutido no capítulo anterior, esses direitos fundamentais terão a definição do seu alcance no caso concreto, a partir de uma análise retórica da justificativa para a delimitação do alcance do direito.

Nesse diapasão, Arenhart¹⁷⁸, afirma:

Conclui-se que, em termos do direito à vida privada, nenhuma definição é melhor que aquela que pode ser outorgada pela jurisprudência, e para o caso concreto. Somente ela é que pode diante do caso concreto, determinar se certa situação está ou não tutelada pela proteção da vida privada

A privacidade deve ser prestigiada pelo operador do direito, o direito de estar só é protegido, mas desde que não haja um motivo ilegítimo para se estar só.

¹⁷⁷ Antonio Chaves relata caso curioso ocorrido com o poeta Mario Quintana, que bem demonstra o alcance do direito a intimidade: "Ao completar, em julho de 1976, 70 anos de idade, recebeu diversas homenagens, resolvendo o cineasta Antonio Jesus Pfeil fazer um documentário. Obteve assentimento para que ele posasse na rua, no seu local de trabalho, o jornal 'Correio do Povo' e no saguão do Hotel Majestic; não autorizando, porém, para filmar no interior de seu quarto. Terminadas as filmagens no saguão, saíram juntos do Hotel. Na metade do caminho, o cineasta alegando ter esquecido um objeto no hotel, voltou e informou à camareira que tinha autorização para entrar no quarto. Ela o abriu com as chaves suplementares e Pfeil realizou a filmagem proibida. Desconfiando, Mário Quintana retornou ao hotel e encontrou o cineasta em atividade, pedindo-lhe que destruísse aquelas cenas, no que não foi atendido. Tentou dissuadi-lo de mostrar o filme, mas, não sendo atendido e sabendo que ele pretendia lançar o documentário no mercado, Mário Quintana contratou um advogado para conseguir a proibição e para processar Pfeil por violação de domicílio e da intimidade pessoal, com base no art. 150 do Código Penal, que trata da violação de domicílio, com agravante do art. 44, por se tratar de crime contra pessoa de idade avançada. O juiz Moisés Machado, da 2ª Vara Cível de Canoas, mandou apreender o filme 'O último reduto da minha virgindade' e determinou multa de mil cruzeiros diários enquanto a película não fosse entregue em juízo. O poeta conseguiu, em fins de fevereiro de 1978, o pequeno rolo de filme que registra o local que considera o último reduto de sua intimidade, entrando as partes em acordo, retirando o Processo." (CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil**: parte geral. 3. ed., SP, RT, 1982, p. 549).

¹⁷⁸ Arenhart, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000, p. 52.

Não se pode distorcer, com ameaças características de regimes totalitários, a compreensão de que não só a propriedade tem que cumprir sua função social, mas de que o direito à intimidade também tem que ter uma função social¹⁷⁹. Ninguém defenderia que qualquer cidadão tem o direito de construir bombas em sua residência ou planejar um ataque terrorista.

Não há um único modo de vida legítimo, vivemos a era multicultural, mas isso não significa uma intimidade absoluta, pelo contrário, reforça a necessidade de compreender que o alcance do direito individual é finito, uma vez que é preciso equacioná-lo com o respeito aos direitos fundamentais dos outros cidadãos e aos deveres do Estado, dentre os quais se destaca o de segurança.

O direito americano concebeu a expressão “expectativa razoável de privacidade” (*reasonable expectation of privacy*), a qual ratifica a ideia de que a privacidade não é nem pode ser absoluta. Recentemente, essa ideia foi reafirmada no caso Jones¹⁸⁰ vs. EUA. A polícia colocou um GPS no carro de um suspeito e passou a monitorá-lo. Havia uma decisão judicial autorizando, mas ela foi cumprida fora do prazo e em local diverso do determinado pelo magistrado¹⁸¹. A Suprema Corte, por maioria de

¹⁷⁹ Não é objeto do presente trabalho a profunda discussão entre liberais e comunitaristas, mas, sem adentrar no mérito da controvérsia, há de se fixar um meio termo que procure respeitando o direito individual, fazê-lo no interesse público.

¹⁸⁰ Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-1259>>. Acesso em: 13.02.2014

¹⁸¹ Como resumo do caso, há a seguinte manifestação (Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-1259>>. Acesso em: 13.02.2014): “The Government obtained a search warrant permitting it to install a Global-Positioning-System (GPS) tracking device on a vehicle registered to respondent Jones’s wife. The warrant authorized installation in the District of Columbia and within 10 days, but agents installed the device on the 11th day and in Maryland. The Government then tracked the vehicle’s movements for 28 days. It subsequently secured an indictment of Jones and others on drug trafficking conspiracy charges. The District Court suppressed the GPS data obtained while the vehicle was parked at Jones’s residence, but held the remaining data admissible because Jones had no reasonable expectation of privacy when the vehicle was on public streets. Jones was convicted. The D. C. Circuit reversed, concluding that admission of the evidence obtained by warrantless use of the GPS device violated the *Fourth Amendment*.” (“O governo obteve um mandado de busca que permitiu a instalação de um Sistema de Posicionamento Global (GPS) - dispositivo de rastreamento - em um veículo registrado em nome da esposa de Jones. O mandado autorizava a instalação no Distrito de Columbia e dentro de 10 dias, mas os agentes instalaram o dispositivo no 11º dia e em Maryland. O Governo, em seguida, acompanhou os movimentos do veículo durante 28 dias. Posteriormente, o mandado permitiu o indiciamento de Jones e outros sob a acusação de conspiração para tráfico de drogas. O Tribunal Distrital suprimiu os dados GPS obtidos enquanto o veículo estava estacionado na residência de Jones, mas assegurou o acesso aos dados remanescentes porque Jones não tinha expectativa razoável de privacidade enquanto estivesse o veículo em vias públicas. Jones foi condenado. O Tribunal de apelação reverteu o julgamento, concluindo que a admissão das provas obtidas por uso do mandado violou a Quarta Emenda”). (tradução nossa).

votos, utilizou a violação ao direito de propriedade e não a expectativa razoável de privacidade como fundamento para declarar inconstitucional a medida. O precedente é importante porque demonstra não ser a privacidade um direito absoluto. Ademais a utilização massiva de GPS faz com que, muito possivelmente, a questão debatida ocorra também no Brasil.

De outra banda, a própria Convenção Europeia de Direitos Humanos, no seu artigo 8º, prevê que:

Direito ao respeito pela vida privada e familiar.

1. Qualquer pessoa tem o direito ao respeito de sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Verifica-se, portanto, que existe, na prática, a necessidade de um conceito retórico¹⁸² de privacidade. O tema privacidade aborda situações muito distintas. Marcel Leonardi¹⁸³ cita, por exemplo, que:

Um conceito unitário de privacidade dificilmente seria aplicável às seguintes situações: a) um vídeo privado de um casal fazendo sexo é veiculado em um 'Web site' sem autorização; b) um jornal eletrônico publica o teor de documentos secretos obtidos ilicitamente; c) uma mulher traída resolve vingar-se criando anúncio erótico em 'Web site' voltado para o público adulto, divulgando o nome, endereço, 'e-mail' e telefone da amante de seu companheiro; d) uma empresa de comércio eletrônico tem seus servidores invadidos e permite o acesso aos dados pessoais e números de cartões de crédito de seus clientes; e) um provedor de acesso à Internet compartilha com terceiros dados pessoais de seus usuários, ignorando sua própria

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos julgou, em 2 de setembro de 2010, o caso Uzun vs. Alemanha onde considerou legítima a utilização de GPS para monitorar um suspeito de terrorismo, devendo o direito a intimidade ceder em face do princípio da proporcionalidade.

¹⁸² Sobre o conceito de retórica, Adeodato aponta que: "O conceito de retórica é assim complexo e modificou-se muito ao longo da história, o que dificulta sobremaneira a sua definição. Mas tanto a retórica quanto a doutrina jurídica (no sentido de uma visão mais especializada do direito, da jurisprudência, ou da 'ciência' do direito) parecem ter nascido da sofística. A retórica se bifurca em uma teoria das figuras e do estilo (sentido formal estrito), a retórica-ornamento, e uma teoria da argumentação de estrutura entimemática (claro que não de estrutura racional-dedutiva, como as teorias da argumentação contemporâneas de Habermas e Alexy), a retórica-tópica, também entendida pelos gregos como um sentido da 'dialética'" (ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66).

¹⁸³ LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

'política de privacidade', que proíbe essa prática; f) 'spammers' vendem ilegalmente dados das declarações do imposto de renda de milhares de contribuintes; g) criminosos utilizam serviços que permitem mascarar a origem das conexões utilizadas para acessar a Internet, praticando atos ilícitos sem que seja possível rastreá-los; h) 'Web sites' de redes sociais trazem dificuldade a usuários que desejam encerrar suas contas e apagar permanentemente informações pessoais veiculadas por meio do serviço; i) autoridades governamentais exigem que um suspeito de cometer crimes por meio da rede informe a senha utilizada para criptografar o conteúdo de seu microcomputador, sem a qual é impossível ter acesso aos dados armazenados no disco rígido; j) equipes de segurança em aeroportos vasculham o conteúdo de computadores portáteis dos passageiros, podendo confiscar os equipamentos e retê-los por tempo indeterminado.

Impossível, portanto, encontrar uma solução que seja panaceia para todos esses casos. Aliás, em muitos deles, haverá o problema da isostenia, relatado por Adeodato¹⁸⁴:

Da perspectiva do conhecimento, sempre são possíveis enunciados opostos sobre um mesmo evento e não há critérios que possam distinguir os corretos dos incorretos: argumentos contrários podem apresentar igual força, a dúvida trazida pela isostenia.

Ganha corpo, então, a necessidade de encontrar os *topoi*¹⁸⁵ para ajudar na resolução de questões tão complexas, sendo proveitoso não ter um conceito preciso e detalhado, mas ganhar em fluidez argumentativa, ou seja, utilizando um conceito retórico e dinâmico de privacidade.

Para tanto, é importante destacar que esses *topoi* serão revelados a partir de rótulos presentes na nossa sociedade. A segurança pública e a sociedade de risco serão relacionadas com o direito penal, a sociedade do espetáculo influenciará o alcance da intimidade no âmbito civil e o problema da intimidade no ambiente de

¹⁸⁴ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 71. Virgílio Afonso da Silva vai falar em "Paridad" ao afirmar que: "Como ya sido demonstrado, con frecuencia están a disposición otras medidas diferentes a las adoptadas por el legislador, y essas medidas pueden afectar otras posiciones de derechos fundamentales de forma diferente. Una evaluación precisa de todo el complejo de razones y de contrarrazones y de La exactitud de las premisas empíricas en normativas no siempre resulta posible en los casos de mayor complejidad. Esta ES La razón para hablar de paridad o de relación de paridad, pus en estos casos no es posible hablar de soluciones mejores o peores (SILVA, Virgílio Afonso. Teoría de los principios: competencias para la ponderación y separación de poderes. In: SIECKMANN, Jan-R (coord). **La teoría principalista de los derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 252).

¹⁸⁵ *Topoi* está empregado no sentido apontado por Viehweg de "os lugares dos quais se extrai o material (os argumentos) para a demonstração". VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. 5 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 28.

trabalho será analisado a partir da sociedade de consumo. A seguir essas questões serão esmiuçadas.

3.2 A SOCIEDADE DE RISCO INFLUENCIANDO O DIREITO PENAL E O ALCANCE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL.

“Criminal justice is about risk management in the sense that though risks might not be able to be eliminated, they can be kept within reasonable levels, and can be reduced where they can be anticipated.”¹⁸⁶

A sociedade atual é objeto de muitos rótulos, apesar de sua complexidade e da total impossibilidade de redução a um único conceito que possa exprimir todas as vertentes nela presentes. Talvez fosse mais coerente apontar as diferentes faces da sociedade e tentar conectá-las com a proposta de nossa tese, destacando ser necessário um movimento de aproximação dos rótulos, mas ressaltando que, na solução concreta do problema, as vertentes do risco, do espetáculo e do consumo provocarão soluções distintas.

Obviamente, toda classificação é arbitrária e implica uma escolha. Poderiam ter sido apontadas outras faces de nossa sociedade, mas essas parecem as mais relevantes.

Sobre essa preocupação com o rigor na hora de classificar, é de se lembrar curiosa passagem de Domenico de Masi, que bem demonstra o caráter arbitrário das classificações,¹⁸⁷ ao citar uma antiga enciclopédia chinesa, que classificava os animais em:

a) pertencentes ao imperador, b) embalsamados, c) domesticados, d) leitões ainda não desmamados, e) sereias, f) mitológicos, g) cães sem dono, h) incluídos nessa classificação, i) que se mexem de forma doida e

¹⁸⁶ HUDSON, Barbara. **Justice In: the risk society**. London: Sage, 2003, p. 46: “A realização da Justiça Criminal tem a ver com o gerenciamento de riscos, no sentido de que embora não possam ser eliminados, os riscos podem ser mantidos dentro de níveis razoáveis e, quando antecipados, possam ser reduzidos”. (tradução nossa)

¹⁸⁷ MASI, Domenico. **O futuro chegou**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014, p. 20.

desordenada, *et coetera*, m) (sic) que fazem o amor, n) que de longe parecem moscas.

A partir dessa preocupação com a redução de arbitrariedade optou-se por utilizar os rótulos na ordem de maior interferência na privacidade do indivíduo, ou seja, vamos ver que a lógica prevalente é a de que, no direito penal, praticamente não se pode opor legitimamente a privacidade para impedir a produção de provas, ao passo que, no direito civil, existe uma tendência intermediária e, no direito do trabalho, deve sim existir um maior respeito e, portanto, um alcance privilegiado da intimidade.

Do ponto de vista que interessa ao direito penal, a melhor definição é o reconhecimento de que vivemos em uma sociedade de risco¹⁸⁸.

Hassemer¹⁸⁹ sintetiza sociedade de risco afirmando que:

Ela foi introduzida na discussão alemã especialmente pelo sociólogo Ulrich Beck. Penso que ela é adequada para fornecer uma explicação para a

¹⁸⁸Ulrich Beck e Luhmann são os autores mais citados como marco teórico para a compreensão da sociedade de risco. Para o direito penal é importante destacar o seguinte trecho da obra de Beck *Em sua dinâmica evolutiva, as sociedades de classes continuam referidas ao ideal da igualdade (sem suas várias formulações, da "igualdade de oportunidade" até as variantes de modelos socialistas de sociedade). Não é o caso da sociedade de risco. Seu contraprojeto normativo, que lhe serve de base e de impulso, é a segurança. O lugar do sistema axiológico da sociedade "desigual" é ocupado assim pelo sistema axiológico da sociedade "insegura". Enquanto a utopia da igualdade contém uma abundância de metas contencioso-positivas de alteração social, a utopia da segurança continua sendo peculiarmente negativa e defensiva: nesse caso, já não se trata de alcançar efetivamente algo "bom", mas tão somente de evitar o pior. O sonho da sociedade de classes é: todos querem e devem compartilhar do bolo. A meta da sociedade de risco é: todos devem ser poupados do veneno. Consequentemente, diferencia-se também a instituição social básica na qual as pessoas se situam, se associam, que as move e distancia ou congrega. A força motriz na sociedade de classes pode ser resumida na frase: tenho fome! O movimento desencadeado com a emergência da sociedade de risco, ao contrário, é expresso pela afirmação: tenho medo! A solidariedade da carência é substituída pela solidariedade do medo. O modelo da sociedade de risco marca, nesse sentido, uma época social na qual a solidariedade por medo emerge e torna-se uma força política. Até onde chega a tenacidade das solidariedades do medo? Que motivações e forças de ação são liberadas? Como se comporta essa nova comunidade solidária dos medrosos? A força social do medo detona de fato o cálculo de utilidade individual? Em que medida estão abertas ao compromisso as amedrontadoras solidariedades surgidas da ameaça? Sob quais formas de atuação elas se organizam? O medo leva as pessoas ao irracionalismo, ao extremismo e ao fanatismo? O medo não representou até o momento um fundamento de ação racional. Mesmo essa suposição deixa de valer? Não será o medo – diferente da carência material – uma base demasiado movediça para os movimentos políticos? Será que não basta um leve sopro de contrainformações para que a solidariedade do medo desabe? BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo: 34, 2010, p. 60.*

¹⁸⁹ HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. In: **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coordenadora Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004, p. 20.

desorientação normativa. A tese é a seguinte: a população das sociedades ocidentais encontra-se perante grandes riscos, como sejam, graves abusos, destruição do ambiente ao nível internacional, riscos monetários, colapso económico, criminalidade organizada, corrupção, terrorismo. Os grandes riscos caracterizam-se, por não serem domináveis, por serem devastadores quando se realizam, por serem vagos, opacos, enfim, por não serem tangíveis, pois são mais uma sombra do que um objeto [...] Segundo essa definição, as sociedades do risco tendem para uma agravação dos meios repressivos e para uma antecipação do controle.

A sociedade do risco gostemos ou não, é uma realidade. Convivemos com riscos cada vez mais difusos e é indispensável possuir mecanismos para amenizá-los. É óbvio que não há possibilidade de existir uma sociedade com risco zero, todavia, essa impossibilidade do ideal não legitima transformar o real em uma sociedade apavorada e atônita.

A segurança passa a ser um direito fundamental que deve ser protegido. A segurança passa a ser condição de possibilidade para usufruir de outros direitos fundamentais, especialmente a liberdade. A liberdade amedrotada, a liberdade sem proteção não corresponde ao alcance do direito fundamental¹⁹⁰.

Nesse diapasão, Uribe¹⁹¹ afirma que:

En ese contexto me parece conveniente resaltar que dos de los principales valores que han de verse protegidos en un Estado democrático de derecho son la libertad y la seguridad, los cuales están íntimamente ligados, no pudiendo darse la libertad sin un clima de seguridad, ya que allí donde la seguridad de las personas y la protección de sus bienes no están garantizadas no puede subsistir la libertad.

Como essa segurança pode ser alcançada por meio de medidas processuais e penais?

¹⁹⁰ Em sentido contrário ao texto, Alexandre Morais da Rosa defende que: “Nessa ironia de defender a LIBERDADE de todos mediante o agitação do controle, parece-me, num giro de linguagem, aplicável plenamente ao discurso neoliberal e suas teorias (Justiça, Direito Penal do Inimigo, etc.). O Direito Penal, no projeto Neoliberal, possui papel fundamental na manutenção do sistema, eis que mediante a (dita) legitimação do uso da coerção, impõe a exclusão do mundo da vida com sujeitos engajados no projeto social-jurídico naturalizado, sem que se dêem conta de seus verdadeiros papéis sociais. Acredita-se que se é um excepcional funcionário público, tal qual Eichmann (em Jerusalém), ou seja, um sujeito cuja normalidade indicava a "Normalpatia" apontada por L.F.Barros, isto é, no seu excesso patológico. Esta submissão alienada é vivenciada dramaticamente pelos metidos no processo penal” (ROSA, Alexandre de Morais. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2013, p. 6)

¹⁹¹ URIBE, Carlos Enrique Serra. **Derecho a la intimidad y videovigilancia policial**. Madrid: Laberinto, 2006, p. 12.

A resposta parece passar pelo reconhecimento da necessidade de uma proteção efetiva dos direitos fundamentais da sociedade e da vítima com uma redução de obstáculos procedimentais que não se justificam a partir da preservação de direitos fundamentais. Existem formalidades processuais que são verdadeiros moinhos de vento. Não se está a preservar direitos, mas a garantir impunidade com a invocação de belas palavras e fórmulas ultrapassadas.

Deve-se frisar que não se trata de violar direitos fundamentais do réu, mas sim de compreender quais são seus verdadeiros direitos e o que são engodos postos no interesse de criar brechas no sistema legal, com o intuito de proteger determinados setores da sociedade que numa seletividade não deveriam, por sua posição econômica, ostentar a condição de réu, mas que eventualmente acabam atingidos pelo sistema penal¹⁹².

É preciso rever, então, quais limites¹⁹³ não podem ser transpostos e quais são esmaecidos em virtude de uma necessidade real de segurança em uma sociedade mutável e em (in) evolução.

Não se deve negar o quanto o nosso sistema penal está diretamente ligado a essa instabilidade reinante em nossa sociedade. Maria Fernanda Palma¹⁹⁴ destaca que:

Com efeito, o Processo Penal não pode responder com uma juridificação excessiva e inconclusiva, elevadamente formalista, a questões em que a

¹⁹² Essa é a famosa seletividade penal. Claudio Guimarães lembra que o “Labeling Approach”, em razão da clientela encontrada nas cadeias e presídios, sempre com as mesmas características, que acabam por convergir e se concretizar como vulnerabilidade social, explicita que o sistema penal é estigmatizante e seletivo, melhor dizendo: em razão de sua total falta de possibilidades operacionais, assim como da capa de proteção que oferece aos não vulneráveis, o sistema penal, dentre as muitas condutas tipificadas como criminosas e praticadas diuturnamente por todos, ou quase todos que integram o meio social, seleciona, e assim estigmatiza alguns poucos, que acabarão por desempenhar o papel de criminosos (GUIMARÃES, Claudio. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 81).

¹⁹³ Hassamer lembra que “Quando falo de limites não estou a pensar em limites que se podem traçar como um engenheiro taça uma linha. No âmbito jurídico os limites nunca são linhas mas antes reforço de argumentos. Assim quando falo de limites, falo de argumentos ou, dito com mais rigor, falo de argumentos que apoiam determinadas evoluções e criticam outras” (HASSEMER, Winfried. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Maria Fernanda Palma (Coord.). Coimbra: Almedina, 2004, p. 23).

¹⁹⁴ PALMA, Maria Fernanda. **Direito processual penal e direitos fundamentais**: as jornadas. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coordenadora Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004, p. 12.

relação essencial das pessoas com o Estado na sua veste punitiva se materializa. Que os modelos liberais de Direito Penal e Processo Penal estão no epicentro de uma instabilidade das sociedades que se organizam como Estado de Direito Democrático é uma constatação que teremos que fazer desapassionadamente.

Não se deve idolatrar o réu pelo simples fato de ser réu e colocá-lo numa posição com possibilidade de abusar dos direitos fundamentais. Um exemplo privilegiado é o alcance do direito à privacidade, objeto da presente tese.

A privacidade é um importante direito fundamental, mas não pode servir de proteção para a prática de crimes. Não se devem criar barreiras desnecessárias ou equivocadas ao dever-poder investigativo do Estado. O princípio da proibição de proteção insuficiente serve para impedir atuações legislativas ou interpretações doutrinárias ou judiciais que inviabilizem uma proteção efetiva do Estado para com os bens penais.

Não podemos simplificar a equação, há também direitos fundamentais da vítima e da sociedade. Frederico Isasca¹⁹⁵ pondera ainda que:

Se é certo que a reposição do direito se não pode fazer à custa da negação ou da limitação dos direitos de defesa, não é menos verdade que "do outro lado" existe uma vítima que é o suporte individual de um bem jurídico fundamental que foi violado e que espera uma resposta célere e em conformidade com as expectativas - tanto substantivas, quanto adjectivas - criadas pela Ordem Jurídica. Não podemos pois correr o risco de imolar a realização da justiça na área dos direitos do arguido, sob pena da total descredibilização do Sistema. Uma tal atitude criaria na vítima e na colectividade um sentimento de absoluta frustração e compreensível revolta, podendo em última instância conduzir a motivação para uma auto-tutela dos interesses ou para formas marginais de "justiça", pondo em causa o próprio estado de Direito. Neste contexto, as medidas de coacção - expressão máxima da restrição de direitos, liberdades e garantias, em Processo Penal - emergem como condição indispensável, embora num quadro de excepcionalidade, à realização da justiça.

O paradoxo da sociedade de risco é que o combate a um tipo de risco pode gerar outro¹⁹⁶, como o abuso por parte do Estado de fiscalizar todos numa materialização

¹⁹⁵ ISASCA, Frederico. **A prisão preventiva e restantes medidas de coacção**. In: Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coordenadora maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004, p. 103.

do aviso de Orwell quanto ao *Big Brother*. Frise-se: não se está dando um cheque em branco aos poderes constituídos para violar arbitrariamente o direito fundamental dos cidadãos. Todavia, impedir que crimes sejam elucidados através da tentativa de ampliar excessivamente o alcance de determinados pseudo direitos fundamentais em nada contribuirá para uma sociedade mais justa, livre e solidária, objetivo da República Federativa do Brasil.

Por fim, é importante lembrar, com Vera Batista¹⁹⁷, que:

Nós temos de lidar com uma realidade incômoda e trágica. Nós, que lutamos contra a ditadura militar, devemos encarar o fato que a democracia que ajudamos a construir tortura e mata mais do que o ciclo militar. Um dos nossos principias problemas é negar a realidade.

Em nenhum momento defende-se aqui a tortura ou a violação de direitos fundamentais do réu, mas não podemos negar a realidade de que a extensão de alguns direitos fundamentais idealizados academicamente não pode ter aplicação no mundo real. Talvez num mundo não preenchido por humanos ou em *elisium*¹⁹⁸. Mas, se olharmos friamente, essas teorias dependem de uma bondade humana ou de um clima de paz inexistente, pois, como bem lembrou René Girard¹⁹⁹,

No passado, quando os homens enumeravam as ameaças que pesam sobre a humanidade, eles sempre mencionavam a violência humana, mas só depois de outros perigos que lhes pareciam mais temíveis: o destino, os deuses, a natureza e, por vezes, até os animais ditos ferozes que pintores e ilustradores imaginavam, até pouco tempo atrás, como mais atemorizadores e maiores do que são na realidade. Lembrando-nos disso,

¹⁹⁶ Exemplo interessante é dado por Pardo: “La dinamica propia de la sociedad de riesgo queda aquí bien a las claras: la actividad industrial genera residuos líquidos que acaban por presentarse como un riesgo amenazante para la salud y las condiciones generales de vida, el medio ambiente. Con el propósito de eliminar ese riesgo se decide emprender una actuación enderezada al saneamiento de las aguas residuales. Y esa actuación orientada a neutralizar un riesgo acaba generando otro, el de los fangos o biosólidos. El ciclo, conviene notarlo, se cierra con la rapidez características y creciente del progreso técnico cuyo ritmo aumenta por momentos: apenas se han alcanzado los primeros resultados positivos de las modernas tecnologías sobre depuración y saneamiento de aguas, cuando se forman auténticas montañas de lodos- con una alta concentración de residuos de alta peligrosidad en muchos casos- cuyo destino y tratamiento técnico ni se conoce ni se ha previsto con precisión” (PARDO, José Esteve. **Técnica, riesgo y derecho**. Barcelona: Ariel, p. 55).

¹⁹⁷ BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande encarceramento. In: **Depois do grande encarceramento**. Pedro Abramovay e Vera Batista (Coord.). Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 29.

¹⁹⁸ Ficção científica na qual há uma colônia espacial onde os humanos mais abastados vivem e todas as doenças e males estariam erradicados, todavia mesmo lá ainda havia problemas, como a violência e a segurança e a pretensão dos humanos que ficaram na terra de invadirem a estação espacial em busca de cura para suas doenças.

¹⁹⁹ GIRARD, Rene. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, 2011, p. 31.

nossos sorrisos são mais nostálgicos que divertidos. De todas as ameaças que pesam sobre nós, a mais temível, como sabemos, a única real, somos nós mesmos. Essa verdade se torna cada dia mais evidente, pois todos os dias nossa violência aumenta.

Há, claramente, necessidade de conter a violência humana, a sociedade do risco implica a necessidade de normas penais efetivas e eficientes. No próximo capítulo será analisado de que modos as filmagens podem contribuir no combate ao crime e por qual motivo essa prova não viola, como regra, os direitos fundamentais.

3.3 A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO E O DIREITO CIVIL. A NECESSIDADE DE SER VISTO COMO FORMA DE PERTENCIMENTO À SOCIEDADE DO ESPETÁCULO.

O que quer dizer civilização do espetáculo? É a civilização de um mundo onde o primeiro lugar na tabela de valores vigente é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal. Esse ideal de vida é perfeitamente legítimo sem dúvida. Só um puritano fanático poderia reprovar os membros de uma sociedade que quisessem dar descontração, relaxamento, humor e diversão a vidas geralmente enquadradas em rotinas deprimentes e às vezes imbecilizantes. Mas transformar em valor supremo essa propensão natural a divertir-se tem consequências inesperadas: banalização da cultura, generalização da frivolidade e no campo da informação, a proliferação do jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo.²⁰⁰

Uma faceta muito importante de nosso tempo pode ser caracterizada a partir da ideia de sociedade do espetáculo²⁰¹. O indivíduo é estimulado a divertir-se a qualquer custo e, em regra, essa diversão deve ser compartilhada, ou seja, deve ter publicidade para que todos vejam que o indivíduo está se divertindo.

²⁰⁰ VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 29.

²⁰¹ Debord lançou em 1967 o livro *Sociedade do Espetáculo*. O livro tem interessantes proposições como a de número 3, que afirma: "O espetáculo apresenta-se ao mesmo tempo como a própria sociedade, como uma parte da sociedade e como instrumento de unificação. Como parte da sociedade, ele é expressamente o setor que concentra todo olhar e toda consciência. Pelo fato de esse setor estar separado, ele é o lugar do olhar iludido e da falsa consciência; a unificação que realiza é tão somente a linguagem oficial da separação generalizada" (DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 14).

O novo século é marcado por essa nova necessidade, criando novas doenças, como o vício em internet²⁰², e havendo a premência de divulgação de grande parte do ambiente privado como uma forma de participar da sociedade do espetáculo.

Há a necessidade de ser visto²⁰³. A grande maioria da população deseja tornar-se famosa, como forma de inclusão na sociedade do espetáculo. E mais, os conhecidos 15 minutos de fama já não são o bastante e são substituídos pela necessidade, quase compulsão, do não esquecimento. Assim, quanto maior a exposição nas mídias, melhor²⁰⁴.

Essa necessidade só é comparável ao outro lado da moeda, que é a necessidade de ver o outro, seja na TV, celular, *tablet*, ou em revistas especializadas. Cada vez mais, o consumo da privacidade alheia é destacado, a ponto de o *Big Brother Brasil* já estar em sua décima quarta edição.

Mario Vargas Llosa destaca essa curiosidade doentia, ao lembrar que:

Não existe forma mais eficaz de entreter e divertir do que alimentar as paixões baixas do comum dos mortais. Entre estas ocupa lugar de destaque a revelação da intimidade do próximo, sobretudo se figura pública, conhecida e prestigiada. Este é um esporte que o jornalismo de nossos dias pratica sem escrúpulos, amparado no direito à liberdade de informação. Embora existam leis a respeito e algumas vezes – raras – haja processos e sentenças judiciais que penalizam os excessos, trata-se de um costume cada vez mais generalizado, que conseguiu, de fato, fazer que em nossa época a privacidade desaparecesse, que nenhum recôndito da vida de

²⁰² Tercio Sampaio destaca que : “ A sociedade virtual, que se orientou para uma atitude de consumo e dificilmente modifica essa tendência devoradora não parece resistir à aventura de um nihilismo, pois não enfrenta valores, mas os consome como virtualidades. É o que se observa com jovens “viciados” na tela do computador ou do celular, cada vez mais solitariamente e, nessa medida, cada vez mais antissociais, salvo quando solidariamente solitários (em rede). Desse modo, as diferenças, embora ressaltadas (papel de mulher, revolução sexual, homoafetividade, jogos paraolímpicos), não são percebidas como diferenças, mas como estruturas próprias, legítimas, todas, por si mesmas (tudo é válido), nessa forma inusitada que nos reduz a algoritmos informáticos dentro de uma “comunidade” de “acessos”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses. 2014 , p114.

²⁰³ Bauman destaca que: “O que nós e todos os nossos iguais somos levados a compreender é que a única coisa que importa é saber e contar aos demais o que estamos fazendo - neste momento ou em qualquer outro; o que importa é ser visto” (BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 27).

²⁰⁴ Exemplo dessa doentia busca por um lugar nos holofotes da mídia é o recente episódio no qual a vítima de um roubo, após conter o agressor, tirou uma foto (*selfie*) em que aparecia imobilizando-o. Ganhou destaque como capa do Jornal A Tribuna do dia 07 de agosto de 2014.

quem quer que ocupe a cena pública esteja livre de ser averiguado, revelado e explorado com o fim de saciar a fome voraz de entretenimento e diversão que jornais, revistas e noticiários são obrigados a levar em conta se quiserem sobreviver e não ser aliados do mercado. Ao mesmo tempo que atuam assim, em resposta a uma exigência de seu público, os órgãos de imprensa, sem quererem e saberem, contribuem mais que ninguém para consolidar essa civilização *light* que deu à frivolidade a supremacia que antes tiveram as ideias e as realizações artísticas [...]

Seu erro consistia em supor que “a curiosidade perversa dos consumidores do escândalo” é patrimônio de uma minoria. Não é verdade: essa curiosidade corrói as vastas maiorias a que nos referimos quando falamos de “opinião pública”. Essa vocação maledicente, escabrosa e frívola, dá o tom cultural de nosso tempo, e é sua imperiosa demanda que toda a imprensa, tanto a séria quanto a descaradamente sensacionalista, se vê obrigada a atender, em graus diversos e com habilidades e formas diferentes.

É difícil aceitar, mas a palavra alemã *Schadenfreude*²⁰⁵ é perfeitamente aplicável na sociedade do espetáculo. Divulgar vídeos que constrangem, humilham o filmado, é a certeza de sucesso na *internet*.

Não apenas filmagens ofensivas são uma realidade constante, mas também geram uma preocupação de se ter um ambiente menos exposto. Um exemplo privilegiado está na recente divulgação de que o cantor Latino estaria contratando um serviço específico para que bloqueassem o sinal de todos os celulares dos convidados de sua festa de casamento²⁰⁶.

Note-se que há a certeza de que nem pessoas próximas respeitarão o pedido de não filmar, e o confisco provisório do aparelho dos convidados não é o bastante para

²⁰⁵ Shaffer vai destacar que “A primeira pessoa a usar a palavra *Schadenfreude* em inglês foi o arcebispo R.C Trench (1807-1886) para quem a existência de uma palavra apenas para designar o prazer sentido com a dor alheia evidencia a falência moral dos povos de língua alemã. Trench não estava lá muito certo, visto que sentir alegria com o sofrimento alheio não é uma característica exclusiva do povo alemão. *Schadenfreude* parece ser um traço humano universal, embora possamos ser suscetíveis a ele em graus diferentes” SHAFFER, Andrew. A alegria de ver o sofrimento alheio: *Shadenfreude* e jogos vorazes In: **Jogos vorazes e a filosofia**. George Dunn, Nicholas Michaud e William Irwin (coords). Rio de Janeiro: Bestseller, 2013, p. 94.

²⁰⁶ <http://extra.globo.com/famosos/latino-pode-ser-multado-em-37-mil-se-bloquear-celular-em-festa-de-casamento-pratica-so-permitida-em-presidio-11812412.html> acesso em 10.03.2014. Curioso é que infelizmente alguns criminosos vêm utilizando bloqueador portátil de celular para a prática de roubos a carro-forte.

impedir o compartilhamento de vídeos e de fotos do casamento. É necessário ir além para preservar a intimidade, efetuando o bloqueio do sinal do celular.

A simbologia dessa medida é interessantíssima. É praticamente impossível impedir que todos sejamos filmados ou fotografados, então é complicado estabelecer limites se ao mesmo tempo a maior parte das pessoas acha normal que famosos não tenham direito à privacidade.

Evidentemente, o problema está no excesso. Há uma redefinição do espaço público e do espaço privado²⁰⁷. O jardim e a praça estão juntos e misturados. Há uma clara dificuldade de preservar um espaço legítimo como sendo exclusivamente privado ou público.

Zizek²⁰⁸ e Bauman²⁰⁹ alertam que presenciamos um drama: não apenas existe o aniquilamento do espaço privado como a maior parte das pessoas acreditam, mas também estamos presenciando o esmagamento do espaço público.

²⁰⁷ Hannah Arendt vai destacar que: “Uma vez que nosso senso de realidade depende totalmente da aparência e, portanto, da existência de um domínio público no qual as coisas possam emergir da treva de uma existência resguardada, até a meia-luz que ilumina nossas vidas privada e íntima deriva, em última análise, da luz muito mais intensa do domínio público. No entanto, há muitas coisas que não podem suportar a luz implacável e radiante da constante presença de outros na cena pública; nesta, só pode ser tolerado o que é considerado relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante se torna automaticamente um assunto privado. É claro que isso não significa que as questões privadas sejam geralmente irrelevantes; pelo contrário, veremos que existem assuntos muito relevantes que só podem sobreviver no domínio privado. O amor, por exemplo, em contraposição à amizade, morre ou, antes, se extingue assim que é trazido a público (‘Nunca busques dizer teu amor/Amor que nunca se pode contar’). Dada a sua inerente não-mundandade [‘wordlessness’], o amor só pode ser falsificado e pervertido quando utilizado para fins políticos, como a transformação ou a salvação do mundo” (ARENDR, Hannah. **A condição Humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 63).

²⁰⁸ Zizek defende que: “Costuma-se dizer que hoje, com a nossa exposição total na mídia, a cultura de confissões públicas e os instrumentos de controle digital o espaço privado esta desaparecendo. Deve-se combater esse lugar-comum com a afirmação oposta: é o espaço público propriamente dito que está desaparecendo. A pessoa que apresenta na rede as suas imagens de nu ou dados íntimos e sonhos obscenos não é um exibicionista: exibicionistas invadem o espaço público, enquanto aqueles que postam suas fotos nus na rede permanecem em seu espaço privado e estão expandindo-o para incluir outros” (ZIZEK, Slavoj. **Rumo à perda do espaço público**. Revista dos Tribunais, v. 934, ago 2013, p. 201).

²⁰⁹ Bauman afirma que “é cada vez maior o número de semelhantes nossos que tendem a crer (embora não o digam com tantas palavras) que não há prazer algum em manter segredos -salvo aqueles preparados para serem exibidos com prazer na internet, na televisão, nas primeiras páginas dos jornais e nas capas das revistas populares. Dessa maneira, a esfera pública é que se encontra hoje inundada e sobrecarregada, invadida pelos exércitos da privacidade” (BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 41).

Qual a vantagem para a civilização dessa publicização de relações íntimas?

É preciso ter cuidado com essa exposição excessiva. Thomas Nagel²¹⁰ afirma que:

A distinção entre o que um indivíduo expõe aos olhos do público e o que esconde ou só mostra a amigos íntimos é essencial para permitir que criaturas complexas como nós interajam sem que haja um colapso social constante. Cada uma de nossas vidas interiores é uma floresta de pensamentos, sentimentos, fantasias e impulsos tais que tornariam impossível a civilização se expressássemos todos eles [...] Da mesma forma que a vida social seria impossível se expressássemos todos os nossos sentimentos lascivos, agressivos, gananciosos, ansiosos ou egocêntricos em encontros públicos comuns, a vida interior seria impossível se tentássemos ser por completo pessoas cujos pensamentos, sentimentos e comportamentos privados pudessem ser expostos com segurança ao olhar público

Não é recomendável que o ser humano realize todos os seus desejos, bem como não é o ideal que todas as conversas possam ser filmadas e colocadas na internet ou na televisão. Qual o limite?

O limite é o fundamento pelo qual a filmagem foi praticada. É necessário analisar, então, se a revelação do vídeo atende ao interesse legítimo de todos os envolvidos com a filmagem.

Um ex-namorado, mesmo que tenha tido autorização para filmar a ex-namorada, não pode, porque o namoro terminou, divulgar as imagens. Se o vídeo, por acidente, chegar às mãos de terceiros, esses também não podem divulgá-lo.

A ideia de que o vídeo pertence ao destinatário é mitigada com o motivo pelo qual o vídeo será divulgado. Se o vídeo for publicado com interesse meramente financeiro ou por vingança, é óbvio que tais fatores não são suficientes para justificar a sua publicação.

A argumentação deve se dar, portanto, à luz do caso concreto. Ninguém duvida, por exemplo, de que não é possível alegar a propriedade de um vídeo sexual para

²¹⁰ *Apud* LEWIS, Anthony. **Liberdade para ideia que odiamos**. São Paulo: Aracati, 2011, p. 100.

divulgá-lo sem o consentimento das pessoas envolvidas na cena²¹¹, mesmo que tivesse havido o consentimento no momento da filmagem.

Cabe destacar que se trata de tema extremamente delicado. É fato notório que, há menos de um ano, uma adolescente no Piauí se suicidou após ter imagens suas divulgadas na internet. Não se trata de um ato de desespero isolado. Nossa sociedade machista, que quer assistir ao vídeo, tem um preconceito enorme com a mulher que, inevitavelmente, sofrerá, após a divulgação das imagens, uma série de comentários depreciativos.

O tema será aprofundado no capítulo 5, mas cabe fixar que a sociedade do espetáculo é uma realidade e é preciso repensar o Direito Civil, de modo a compatibilizar os direitos fundamentais envolvidos no tema.

3.4 A SOCIEDADE DO CONSUMO E O DIREITO DO TRABALHO. A ESCRAVIDÃO MODERNA.

À nossa volta, existe hoje uma espécie de evidência fantástica do consumo e da abundância, criada pela multiplicação dos objectos, dos serviços, dos bens materiais, originando como que uma categoria de mutação fundamental na ecologia da espécie humana. Para falar com propriedade, os homens da opulência não se encontram rodeados, como sempre acontecera, por outros homens, mas mais por objectos.²¹²

²¹¹ A questão sexual é um bom exemplo da crise de privacidade. Bauman destaca que: “Contudo, como já observara Thomas Szasz em 1973 (*The Second Sin*), o ‘sexo é tradicionalmente uma atividade reservada, eminentemente privada. Nisso talvez resida sua poderosa capacidade de unir pessoas por laços muito fortes. À medida que fazemos do sexo uma atividade menos reservada, retiramos-lhe a força para manter homens e mulheres juntos’. Szasz estudou a atividade sexual com minúcia porque até há pouco tempo o sexo era o exemplo mais radical, o verdadeiro epítome, de um segredo íntimo que somente partilhamos com a máxima discrição e apenas com pessoas cuidadosa e laboriosamente escolhidas. Em outras palavras, era visto como o tipo mais confiável de vínculo humano, o mais forte e mais difícil de quebrar. Mas o que se aplica ao que até pouco tempo atrás era o mais importante objeto e o mais eficiente guardião da privacidade aplica-se hoje, com mais força ainda, aos seus substitutos inferiores e suas cópias mais anêmicas. Parece-me que a crise atual da privacidade está bastante ligada ao enfraquecimento, à desintegração e à decadência de todas as relações inter-humanas. Nesse processo, uma tendência é o ovo, a outra a galinha, e, como em todos os casos similares, é perda de tempo discutir o que nasceu primeiro e o que veio depois [...]” (BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 43).

²¹² BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 13.

É fato notório que vivemos numa sociedade de consumo²¹³. Talvez a maior dificuldade seja ainda convencer nossos filhos de que o ser deve prevalecer sobre o ter²¹⁴, de que o consumo não pode ser um fim em si mesmo, mas, infelizmente, temos que reconhecer a constatação de Baudrillard de que a nossa sociedade acaba valorizando mais o objeto do que o próprio ser humano.

Hannah Arendt²¹⁵ vai destacar que:

Diz-se frequentemente que vivemos em uma sociedade de consumidores, e uma vez que, como vimos o trabalho e o consumo são apenas dois estágios do mesmo processo, imposto ao homem pela necessidade da vida, isso é somente outro modo de dizer que vivemos em uma sociedade de trabalhadores.

É importante aqui estabelecer esse elo entre consumo e trabalho. O trabalhador acaba virando, ele próprio, objeto do consumo²¹⁶. O trabalho é também reduzido a meio para consumo, não há mais tempo livre.

²¹³ “Em resumo, consumir é uma forma de ter, e talvez a mais importante da atual sociedade abastada industrial. Consumir apresenta qualidades ambíguas: alivia ansiedade, porque o que se tem não pode ser tirado; mas exige que se consuma cada vez mais, porque o consumo anterior logo perde a sua característica de satisfazer. Os consumidores modernos podem identificar-se pela fórmula: eu sou = o que tenho e o que consumo” (FROMM, Erich. **Ter ou Ser?**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1976, p. 45).

²¹⁴ “‘Ter’ é uma expressão ilusoriamente simples. Todo ser humano ‘tem’ alguma coisa: um corpo, roupas, habitação – e modernamente homens e mulheres têm carro, televisão, máquina de lavar etc. Viver sem ter alguma coisa é virtualmente impossível. Por que, então, ‘ter’ seria um problema? A própria história do verbo ‘ter’ indica que a palavra é, de fato, um problema. Para quem acredite que o verbo ter é a mais natural das categorias da existência humana, talvez constitua surpresa o fato de que muitas línguas não têm uma palavra para ‘ter’. Em hebraico, por exemplo, ‘eu tenho’ deve ser expresso pela forma indireta ‘*jesh il*’ (‘é para mim’). Na realidade, predominam as línguas que exprimem posse dessa maneira, em vez de ‘eu tenho’. É interessante observar que na evolução das línguas a expressão ‘é para mim’ é seguida posteriormente pela expressão ‘eu tenho’, mas, como Emile Benveniste observou, a evolução não ocorre no sentido contrário. Esse fato sugere que a expressão ‘ter’ evoluiu em relação com a evolução da propriedade privada, enquanto esteja ausente em sociedades em que há propriedade predominantemente funcional, isto é, posse para uso. Estudos sociolinguísticos mais aprofundados poderão mostrar se e até que ponto essa hipótese é válida” (FROMM, Erich. **Ter ou Ser?**. 4. ed Rio de Janeiro: Guanabara, 1976, p. 41-42).

²¹⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 156. Tercio Sampaio destaca que : Nosso tempo torna-se, assim, dominado, de modo difuso para o homem comum, o homem do senso comum, por um “sentido pantécnico” sem par (na já mencionada expressão de Martin Buber). Só se conhecem sujeitos dominantes, de um lado, e tecnologias a utilizar, de outro. Mas não se estabelecem grandes diferenças quando se trata ora de material técnico, ora do chamado material humano. Nesse mundo, no qual todo objeto é um dado técnico (informação técnica), tudo é meio para alcançar um outro meio. Inclusive o próprio sujeito, degradado a mera função, é renovável e substituível. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses. 2014, p.107.

O trabalho perde seu valor, curiosamente justificando, sem querer, a sociedade do espetáculo. Hannah Arendt²¹⁷ destacou que:

A única exceção que a sociedade está disposta a admitir é o artista, que, propriamente falando, é o único operário (*worker*) que restou em uma sociedade de trabalhadores (*laboring society*). A mesma tendência de reduzir todas as atividades sérias à condição de prover o próprio sustento manifesta-se em todas as atuais teorias do trabalho, que quase unanimemente definem trabalho como o oposto de divertir-se (*play*).

Nesse contexto, um dos maiores problemas atuais é a definição sobre a extensão da privacidade no ambiente de trabalho.

O trabalho vem se tornando escasso e o poder de negociação dos empregados é cada vez menor, uma vez que a automação, o número de desempregados e a simplificação de tarefas conspiram para uma profunda crise de valores, de modo que a única preocupação do trabalhador é com a manutenção de seu emprego²¹⁸.

Vivemos a era do *Killerkapitalismus*²¹⁹. Ziegler destaca que²²⁰:

²¹⁶ Bauman vai destacar que: “Os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade. Tornar-se e continuar sendo uma mercadoria vendável é o mais poderoso motivo de preocupação do consumidor, mesmo que em geral latente e quase nunca consciente”. BAUMAN, Zygmunt. **Vidas para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008, p. 76.

²¹⁷ ARENDT, Hannan. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 157.

²¹⁸ Nesse contexto de dificuldades para os empregados Bauman destaca que: “As diretorias e gerências de grandes empresas multinacionais, com apoio e estímulo explícito ou tácito do governo, assumiram a tarefa de dinamitar as bases da solidariedade dos seus empregados com: a revogação do sistema de negociação coletiva; a desarticulação das associações de defesa dos funcionários, obrigando-os a deixar o campo de batalha; a manipulação dos termos do emprego, com a terceirização ou subcontratação de funções gerenciais e responsabilidades dos empregados; a desregulamentação ou “flexibilização” das jornadas de trabalho; o encurtamento dos contratos de trabalho simultâneo à intensificação do rodízio de equipes; e o condicionamento da renovação de contratos ao controle estrito e permanente do desempenho individual. Em resumo, elas fizeram todo o possível para minar a racionalidade da defesa coletiva a aumentar os atrativos da feroz competição individual pelos favores da gerência” (BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 175).

²¹⁹ Ziegler aponta como uma das características dessa fase do capitalismo que “No interior das democracias europeias cria-se um vácuo: os que têm trabalho tentam por todos os meios preservá-lo e engajam-se contra os que não têm mais e provavelmente nunca mais voltarão a tê-lo. A solidariedade salarial é rompida. Outro fenômeno: cria-se uma antinomia entre a função pública e o setor privado. Último fenômeno, o mais grave de todos: freqüentemente o trabalhador autóctone começa a odiar o operário imigrado. A serpente racista ergue sua cabeça medonha” (ZIEGLER, Jean. **Os senhores do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 36).

A justiça social, a fraternidade, a liberdade, a complementaridade dos seres? O elo universal entre os povos, o bem público, a ordem livremente aceita, a lei que liberta, as vontades impuras transfiguradas pela regra comum? Balelas superadas! Veleidades arcaicas que despertam um sorriso complacente nos jovens e eficientes managers dos bancos multinacionais e das empresas globalizadas e nos especialistas em derivados de todos os tipos!

A globalização econômica é uma realidade e reforça a ideia de que muitas vezes o inimigo não é mais o Estado, que é também refém da globalização com uma inquestionável perda de soberania, mas sim a própria iniciativa privada focada no lucro e para a qual todos os direitos são custos que precisam ser reduzidos e se possível eliminados, além, é claro, da ampliação do mercado de consumo.

A verdade é que vivemos a era da institucionalização da inveja²²¹, e se a teoria procura ampliar direitos trabalhistas e proteger o consumidor, a lógica do capital é reduzir direitos trabalhistas e aumentar o consumo sem que haja garantias ao consumidor, com produtos com obsolescência programada e impondo a cultura da necessidade de comprar.

Não devemos ter a ingenuidade da viabilidade prática de grandes projetos filosóficos ou jurídicos, sem que existam condições econômicas que cooperem para a sua realização.

Gostemos ou não, o vil metal, o dinheiro, é o atual epicentro das preocupações humanas ou pelo menos da maior parte das pessoas, sendo a tentativa de

²²⁰ ZIEGLER, Jean. **Os senhores do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 44.

²²¹ Zizek afirma que “O que Daniel Bell chamou de contradições culturais do capitalismo está na origem do mal estar ideológico de hoje: o progresso do capitalismo, que necessita de uma ideologia consumista, solapa pouco a pouco a própria atitude (ética protestante) que tornou o capitalismo possível. O capitalismo de hoje funciona cada vez mais como uma institucionalização da inveja”. (ZIZEK, Slavoj. **Vivendo no fim dos tempos**. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 14). Charles Melman destaca que: “O desejo, hoje, se mantém mais pela inveja que em referência a um suporte ideal. Em outras palavras, é sobretudo dependente da imagem do semelhante enquanto o semelhante possuidor do objeto ou dos objetos suscetíveis de suscitar minha inveja. O desejo normalmente, é organizado por uma falta simbólica. Mas a falta que se instala na relação com o semelhante é apenas imaginária. Para ser simbólica, seria preciso estar relacionada a alguma instância. Outra na qual encontraria sua justificação. Se o desejo não tem mais como suporte um referente Outro, só pode se nutrir da inveja que a posse, pelo outro, do signo que marca seu gozo provoca” (MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008, p. 35).

estabelecer academicamente um novo mundo social um sonho distante, pois, como lembra Domenico de Masi²²²:

A loucura de fazer modelos. Segundo William Graham Summer a maior loucura de que um homem pode ser capaz é sentar à mesa com caneta e papel para planejar um novo mundo social.

Nesse contexto, questionar sobre o alcance da intimidade no ambiente de trabalho é talvez a última fronteira, uma vez que²²³:

Trabalhar em uma empresa típica da economia contemporânea é sentir-se constantemente em teste, permanentemente sob avaliação. Este, o destino da pessoa num mundo flexível.

É preciso reforçar o alcance do direito fundamental e não aceitar de modo tranquilo a imposição de filmagens no ambiente de trabalho. Qual ser humano consegue trabalhar em paz sendo monitorado permanentemente, às vezes até fora do ambiente do trabalho, como é o caso de jogadores de futebol?

É preciso investigar o motivo das filmagens e a possibilidade de uso das mesmas. Se a razão da filmagem for apenas aumento de produtividade por meio de uma forma objetiva de controle total do ambiente de trabalho, essa medida será inconstitucional por violação à privacidade.

Quando a medida tem por objetivo questões de segurança, ela pode ser utilizada exclusivamente para essa finalidade, sendo ilícita a admissão da prova para outros fins.

Como no direito administrativo existe a famosa teoria dos motivos determinantes, que condiciona a validade do ato à existência do motivo de sua emissão, a validade da prova aqui fica condicionada à correspondência com o motivo que justificou a filmagem.

²²² MASI, Domenico. **O futuro chegou**. Rio de Janeiro: Casa da palavra, 2014, p. 25.

²²³ LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 106.

Não podemos esquecer que as pessoas ficam cada vez mais tempo no seu ambiente de trabalho, razão pela qual se deve procurar uma proteção mais efetiva da privacidade.

Ademais, a vigilância tem efeitos deletérios na demonstração da insatisfação do empregado com seus colegas de trabalho. Se a fábrica sempre foi o local onde havia o convencimento dos outros empregados da necessidade de luta pelas melhores condições de emprego, isso desaparecerá com as filmagens, uma vez que é inverossímil imaginar que algum empregado vá publicizar sua insatisfação sabendo que está sendo filmado.

No sexto capítulo, será aprofundada a questão das filmagens em ambiente de trabalho, mas cabe afirmar que, dentro desse tema, é indispensável fazer o exercício de colocar-se no lugar do outro e responder sinceramente: quem aguenta trabalhar sendo filmado permanentemente?

3.5 O MUNDO REAL É VIRTUAL E O MUNDO VIRTUAL É REAL. O *BIG BROTHER* SOCIAL. QUE GRAU DE INTIMIDADE É IRRENUNCIÁVEL? A NECESSIDADE DE REDEFINIÇÃO DO ESPAÇO DE PRIVACIDADE EM PROL DA UTOPIA DE SEGURANÇA.

O que é o mundo real e o mundo virtual? Vários autores²²⁴ já tentaram apontar critérios para a distinção desses mundos.

Llosa²²⁵ destaca que:

²²⁴ Lévy destaca que: “no uso corrente, a palavra virtual é empregada com frequência para significar a pura e simples ausência de existência, a realidade supondo uma efetuação material, uma presença tangível. O real seria da ordem do ter, enquanto o virtual seria da ordem do terás, ou da ilusão, o que permite geralmente o uso de uma ironia fácil para evocar as diversas formas de virtualização... A palavra virtual vem do latim medieval *virtualis*, derivado por sua vez de *virtus*, força, potência. Na filosofia escolástica, é virtual o que existe em potência e não em ato. O virtual tende a atualizar-se, sem ter passado no entanto à concretização efetiva ou formal. A árvore está virtualmente presente na semente. Em termos rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real mas ao atual: virtualidade e atualidade são apenas duas maneiras de ser diferentes. O virtual não se opõe ao real, mas sim ao atual. Contrariamente ao possível, estático e já constituído, o virtual é como o complexo problemático, o nó de tendências ou de forças que acompanha uma situação, um acontecimento, um objeto ou uma entidade qualquer” (LÉVY, Pierre. **O que é o virtual**. São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 15).

Os passes de mágica de Jean Baudrillard eram ainda mais definitivos. A realidade real já não existe, foi substituída pela realidade virtual, criada pelas imagens da publicidade e pelos grandes meios audiovisuais. Há algo que conhecemos com o rótulo de informação, mas trata-se de material que, na verdade, desempenha função essencialmente oposta à de nos informar sobre o que ocorre ao nosso redor. Ele suplanta e torna inútil o mundo real dos fatos e as ações objetivas: são as versões clônicas destes, que chegam até nós através das telas da televisão, selecionadas e temperadas pelos comentários ilusionistas que são os profissionais dos meios de comunicação, versões que em nossa época ocupam o lugar daquilo que antes se conhecia como a realidade histórica, conhecimento objetivo do desenvolvimento da sociedade.

Há uma crise de segurança ou ela é fabricada pela mídia? Como saber de fato o verdadeiro grau de violência ou de bisbilhotice presente em nossa sociedade? Na verdade, sói reconhecer que em nossos subjetivismos, no nosso imaginário, ou até mesmo no imaginário coletivo, aquilo que pode vir a ser, acaba tendo um impacto muito maior do que o atual, ou seja, do que aquilo que efetivamente existe.

Várias restrições à privacidade são concebidas, portanto, com a preocupação do abuso por parte do Estado e dos cidadãos. Por exemplo, a expressão *Big Brother* é uma clara referência à obra 1984, de Orwell. É normal, ao estudar a intimidade, encontrar-se a referência à obra de Orwell. Solove²²⁶ destaca que:

To describe the problems created by the collection and use of personal data, many commentators use a metaphor based on George Orwell's Nineteen Eighty Four. Orwell depicted a harrowing totalitarian society ruled by a government called Big Brother that watched its citizens obsessively and demanded strict discipline. The Orwell metaphor, which focuses on the harms of surveillance (such as inhibition and social control), might be apt to describe government monitoring of citizens.

É preciso ter muito cuidado para que a distopia prevista por Orwell não se materialize num *Big Brother* social, uma vez que hoje não apenas o Estado, mas especialmente os particulares, filmam o tempo todo.

²²⁵ VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 71.

²²⁶ SOLOVE, Daniel. **Nothing to hide**: the false tradeoff between privacy and security. London: Yale, 2011, p. 25. Ao descrever os problemas criados pela coleta e uso de dados pessoais, muitos comentaristas usam uma metáfora baseada na obra de George Orwell 1984. Orwell retrata uma sociedade totalitária angustiante regida por um governo chamado "Big Brother" que assistia seus cidadãos obsessivamente e exigia rigorosa disciplina. A metáfora Orwell, que incide sobre os danos da vigilância (como inibição e controle social), pode estar apta a explicar o monitoramento dos cidadãos pelo governo.

Outra passagem literária que deve sempre ser lembrada é o clássico livro de Kafka “O processo”. A surpresa do personagem de Kafka sobre a quantidade de informações ao seu respeito documentadas serve de alerta para o nosso tempo, em que as empresas cada vez mais vendem informações sobre indivíduos.

Nesse diapasão, Bruno Lewicki²²⁷ vai destacar que:

Atualmente, contudo, o ‘Big Brother’ talvez não traduza o verdadeiro perigo, ou seja, o tipo de situação em que a privacidade da pessoa humana se encontra mais vulnerável; há até quem indague se, no campo das metáforas literárias, ‘O processo’, de Franz Kafka, não representa um paradigma mais acurado das ameaças à privacidade, ao retratar o sentimento de perplexidade de um personagem ao perceber que uma estrutura burocrática detém informações a seu respeito, sem que ele tenha controle algum sobre o uso destes dados. Este outro paradigma representa com mais acuidade o ‘paradoxo da privacidade’, aventado na recente doutrina anglo-saxônica, e que assim poderia ser resumido: as maiores ameaças à vida privada de quem vive em uma sociedade democrática contemporânea não se originam na atividade estatal, mas sim no setor privado; e, neste campo, as defesas disponíveis costumam ser mais fracas. Por isso, para resguardar sua

²²⁷ LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar: 2003, p. 11. Solove também ressalta a importância da obra de Kafka ao afirmar que (SOLOVE, Daniel. **Nothing to hide**. The false tradeoff between privacy and security. London: Yale, 2011, p. 26): “A different metaphor better captures the problems: Franz Kafka’s ‘The Trial’. Kafka’s novel centers around a man who is arrested but not informed why. He desperately tries to find out what triggered his arrest and what’s in store for him. He finds out that a mysterious court system has a dossier on him and is investigating him, but he’s unable to learn much more. ‘The Trial’ depicts a bureaucracy with inscrutable purposes that uses people’s information to make important decisions about them, yet denies the people the ability to participate in how their information is used. The problems portrayed by the Kafkaesque metaphor are of a different sort from the problems caused by surveillance. They often do not result in inhibition. Instead, they are problems of information processing – the storage, use, or analysis of data – rather than of information collection. They affect the power relationships between people and the institutions of the modern state. They not only frustrate the individual by creating a sense of helplessness and powerlessness, they also affect social structure by altering the kind of relationships people have with the institutions that make important decisions about their lives”) (Uma metáfora diferente melhor capta os problemas: Franz Kafka ‘O Julgamento’. O romance de Kafka gira em torno de um homem que está preso, mas não é informado sobre o motivo da sua prisão. Ele tenta desesperadamente descobrir o que provocou sua prisão e que ele é acusado. Ele descobre que um misterioso sistema judicial tem um dossiê sobre ele e o está investigando, mas ele é incapaz de saber algo mais a esse respeito. ‘O Julgamento’ retrata uma burocracia com fins inescrutáveis que usa informações das pessoas para tomar decisões importantes sobre eles, mas nega a essas pessoas a possibilidade de participar do modo de utilização dessas informações. Os problemas retratados pela metáfora kafkiana são de uma espécie diferente dos problemas causados pela vigilância. Eles muitas vezes não resultam em inibição. Em vez disso, eles são problemas de processamento de informação - o armazenamento, a utilização, ou a análise de dados - em vez de coleta de informações. Eles afetam as relações de poder entre as pessoas e as instituições do Estado moderno. Eles não só frustram o indivíduo, criando uma sensação de desamparo e impotência, eles também afetam a estrutura social, alterando o tipo de relações que as pessoas têm com as instituições que tomam decisões importantes sobre suas vidas.”). (tradução nossa)

intimidade as pessoas acabam tendo que invocar a tutela daquele que é o 'vilão que os defensores da privacidade mais temem': o próprio Estado, dotado de poderes para legislar e para coibir eventuais abusos, ao exercer a atividade jurisdicional.

Eis um curioso paradoxo: temos um medo dos abusos do Estado e esquecemos que, em inúmeras situações o particular também é violador do direito fundamental à intimidade.

Infelizmente, não há para a maior parte dos membros de nossa sociedade uma efetiva preocupação com valores morais ou mesmo a consciência de assumir os seus atos²²⁸.

Não se pode esperar no mundo atual que as pessoas assumam voluntariamente seus atos. Esse ideal de que os erros sejam reconhecidos pelo próprio agressor é bem destacado por Platão no livro *Górgias*²²⁹:

Sócrates. E se ele ou qualquer outro homem que a isso se atente cometer alguma injustiça, ele próprio deverá se dirigir voluntariamente aonde possa pagar o mais rápido possível a justa pena. Pois bem, para a defesa da injustiça, quer de sua própria injustiça, dos parentes, dos amigos, dos filhos, ou de sua pátria, a retórica não nos é minimamente útil. Pólo, a não ser que alguém conceba seu uso em sentido contrário: deve-se acusar antes de tudo a si mesmo, e então os familiares ou outro amigo qualquer, sempre que se cometa alguma injustiça; ao invés de ocultá-lo, deve-se trazer à luz o ato injusto, a fim de pagar a justa pena e se tornar saudável; deve-se constranger a si mesmo e aos demais a não se acovardarem, mas a se apresentarem, de olhos cerrados, correta e corajosamente como se fosse a um médico para algum corte ou cauterização, enalçando o bem e o belo e não cogitando a dor, apresentando-se para ser açoitado, se o ato injusto merecer açoite, para ser preso, se merecer prisão, para ser punido, se merecer punição, para ser exilado se merecer exílio, para ser morto, se merecer pena de morte, deve-se ser o primeiro a acusar a si próprio e aos demais familiares, e utilizar a retórica com este escopo, a fim de que, uma vez fúlgidos os atos injustos cometidos, se livrem do maior mal, da injustiça.

Não há dúvida de que o *Górgias* descreve o mundo ideal, infelizmente não podemos esperar esse comportamento na sociedade de hoje, "ensimesmada" e centrada em direitos e não em deveres constitucionais.

²²⁸ É prática corriqueira a pessoa, quando filmada, negar o ato com uma alegação genérica de que se trata de uma montagem.

²²⁹ PLATÃO. *Górgias*. Tradução, ensaio introdutório e notas Daniel. R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva: FAPESP, 2011, p. 288.

Afinal, o que queremos? A filmagem não é boa ou má em si mesma. Precisa-se de segurança e não podemos voltar a ter o sentimento da idade média, *Peur toujours, peur partout* (medo sempre e em toda parte)²³⁰. Precisamos de mecanismos eficazes para combater essa insegurança²³¹, e isso toca diretamente a questão da privacidade.

É obrigatória, para incrementar a segurança, a restrição da privacidade? Solove²³² defende que não, mas, ao contrário, aponta especificamente se tratar de uma falácia e procura citar o exemplo do “11 de setembro” para justificar que não existe essa correlação necessária.

Escreve o autor americano:

The debate is often cast as an all or nothing choice, whatever we should have privacy or a specific security measure...any increase in: security requires a decrease in: liberty The argument is that security and civil liberties such as privacy can never be reconciled. Every gain in: privacy must be a loss in: security. Every gain in: security must be a loss in: privacy. But this argument is flawed. The argument that privacy and security are mutually exclusive stems from what I call the all-or nothing fallacy [...] Security and privacy need not be mutually exclusive. For example, one security response to the September 11 attacks was to lock the cockpit doors on airplanes. This prevents a terrorist from gaining control of the plane. Does it invade privacy? Hardly at all. Chasing down unaccounted for nuclear weapons abroad is another security measure that often isn't invasive of privacy.²³³

²³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro, Zahar, 2008, p. 08.

²³¹ Não sejamos ingênuos a ponto de esquecer que existe um lucrativo mercado de segurança. Bauman lembra que “A economia de consumo depende da produção de consumidores, e os consumidores que precisam ser produzidos para os produtos destinados a enfrentar o medo são temerosos e amedrontados, esperançosos de que os perigos que temem sejam forçados a recuar graças a eles mesmos (com ajuda remunerada obviamente)” (BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro, Zahar, 2008, p. 15).

²³² SOLOVE, Daniel. **Nothing to hide**. The False tradeoff between Privacy and Security. London: Yale, 2011, p. 34.

²³³ “O debate é frequentemente apresentado como escolha de tudo ou nada, embora devêssemos ter privacidade ou uma medida de segurança específica ... qualquer aumento de segurança requer uma diminuição da liberdade. O argumento é que segurança e liberdades civis, como a privacidade, nunca podem ser conciliados. Cada ganho de privacidade deve implicar numa perda de segurança. Cada ganho em segurança deve gerar uma perda de privacidade. Mas este argumento é falho. O argumento de que a privacidade e segurança são mutuamente exclusivos decorre do que eu chamo de falácia do tudo ou nada [...] Segurança e privacidade não precisam ser mutuamente exclusivos. Por exemplo, uma resposta de segurança para o 11 de Setembro foi trancar as portas da cabine em aviões. Essa medida impede que um terrorista assuma o controle do avião. Isso invade a privacidade? Dificilmente diríamos que sim. Descobrir armas nucleares não contabilizadas no exterior é outra medida de segurança que normalmente não implica em invasão de privacidade”. (tradução nossa) SOLOVE, Daniel. **Nothing to hide**. The False tradeoff between Privacy and Security. London: Yale, 2011, p. 34.

Apesar de sedutora, a falácia talvez esteja presente na tentativa de reconhecer na privacidade um valor intrínseco desprovido da fundamental ideia de compatibilizá-la com o interesse público.

Ademais, a solução proposta de isolar a cabine não impede atos de terrorismo, como os vários sequestros de aviões com o objetivo de utilizar os passageiros como moeda de troca por prisioneiros ou por dinheiro mesmo; além disso, a medida tem efeitos colaterais, como impedir eventual socorro ao comandante, na hipótese de passar mal, ou até mesmo sua vulnerabilidade ao ir ao banheiro, uma vez que as cabines de avião não possuem banheiro.

Seria um sonho ampliar a privacidade e, a um só tempo, ampliar a segurança, como é um sonho a ideia de máxima efetividade de direitos fundamentais numa lógica de mercado preocupada apenas em como reduzir custos e ampliar lucros e consumidores. Não se pode ter tudo.

Ademais, para além da privacidade que não temos, a maior falácia é acreditarmos que somos livres.

Baudrillard²³⁴ aponta que:

A exigência ínsita no fundo do lazer está, pois, aprisionada em contradições insolúveis: é até desesperada. A sua esperança violenta de liberdade dá testemunho do poder do sistema de constrangimentos que em nenhum lado é tão total como ao nível do tempo. «Quando falo do tempo é porque ele já não existe» – dizia Apollinaire. Também se pode dizer do lazer: «Quando se “tem” tempo é porque já não é livre». E a contradição não reside nos termos, mas no fundo. Tal é o paradoxo *trágico* do consumo. Em cada objecto possuído e consumido, como também em cada minuto de tempo livre, o homem individual quer fazer passar e julga ter feito passar o seu desejo – mas, o desejo encontra-se já ausente, e necessariamente ausente, de todo o objecto possuído, de toda a satisfação cumprida e ainda de todo os minutos «disponíveis». Resta apenas o ter «consumido» de desejo.

A verdade é que somos reféns em um mundo cada vez mais egoísta e alienado, e nossa liberdade é uma quimera. Apesar desse fardo, não se deve, com isso, desacreditar nas pessoas, ou imaginar que o fim está próximo. Dante, na Divina

²³⁴ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa. Edições 70, 2011, p. 203.

Comédia, afirma que na porta do inferno há a expressão *Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate*²³⁵. Não podemos deixar que nossa sociedade transforme a terra no inferno e que a esperança soçobre.

Devemos destacar que vivemos uma utopia de segurança. Nenhuma medida humana será apta para, com cem por cento de certeza, garantir um padrão de qualidade total no quesito segurança. Como os romanos, muitos acreditam que não somos donos nem de nós mesmos²³⁶ e, com a crise da noção de autoridade²³⁷, há uma dificuldade em aceitar medidas mais restritivas da intimidade. É preciso, apesar desse contexto, ter fé e esperança²³⁸ de que será encontrado um justo equilíbrio

²³⁵ “Deixai toda a esperança, vós que entraís” (ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. Edição bilíngüe. São Paulo: Editora Landmark, 2005, p. 46).

²³⁶ Hannah Arendt vai destacar que “Wallon demonstra, de modo brilhante, como a posterior generalização estoica de que todos os homens são escravos baseava-se nos desdobramentos do Império Romano, no qual a antiga liberdade foi gradualmente abolida pelo governo imperial, até que finalmente ninguém era livre e todos tinham seu senhor. O momento decisivo ocorreu quando primeiro Calígula e depois Trajano consentiram em ser chamados *dominus*, palavra usada antes somente para designar o chefe de uma casa. A chamada moralidade escrava da Antiguidade tardia e sua premissa de que não havia diferença real entre a vida do escravo e a vida do homem livre tinham um pano de fundo muito realista. Agora o escravo realmente podia dizer ao amo: ninguém é livre, todos temos um senhor. Nas palavras de Wallon: ‘Les condamnés aux mines ont pour confrères, à un moindre degré de peine, les condamnés aux moulins, aux boulangeries, aux relais publics, à toute autre travail faisant l’objet d’une corporation particulière’ (p. 216). ‘C’est le droit de l’esclavage qui gouverne maintenant le citoyen; et nous avons retrouvé toute la législation propre aux esclaves dans les règlements qui concernent sa personne, sa famille ou ses biens’ (p. 219-220)” (ARENDR, Hannan. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 161).

²³⁷ É evidente que maio de 68 não acabou com a “autoridade”, que já fazia tempo vinha passando por um processo de debilitação generalizada em todas as esferas, desde a política até a cultural, sobretudo no campo da educação. Mas a revolução dos filhos de gente bem, a fina flor e a nata das classes burguesas e privilegiadas da França, que foram os protagonistas daquele divertido carnaval que proclamou como um dos lemas do movimento: “É proibido proibir!”, estendeu ao conceito de autoridade sua certidão de óbito. E deu legitimidade e glamour à ideia de que toda autoridade é suspeita, perniciosa e desprezível, e de que o ideal libertário mais nobre é desconhecê-la, negá-la e destruí-la. O poder não foi minimamente afetado com essa insolência simbólica dos jovens rebeldes que, com o desconhecimento de sua imensa maioria, levaram para as barricadas os ideais iconoclastas de pensadores como Foucault. Basta recordar que nas primeiras eleições realizadas na França depois de maio de 68, a direita gaullista obteve esmagadora vitória. Mas a autoridade, no sentido romano de *auctoritas* – não de poder, mas, como define o *Diccionario* da Real Academia Espanhola, em sua terceira acepção, de “prestígio e crédito que se reconhece a uma pessoa ou instituição por sua legitimidade ou por sua qualidade e competência em alguma matéria” –, essa não voltou a levantar a cabeça (VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 75).

²³⁸ Os gregos antigos não acreditavam nessa expressão. Hannah Arendt aponta que: “É o nascimento de novos seres humanos e o novo começo, a ação de que são capazes em virtude de terem nascido. Só a plena experiência dessa capacidade pode conferir aos assuntos humanos fé e esperança, essas duas características essenciais da existência humana que os gregos antigos ignoravam por completo, por depreciarem a fé como uma virtude incomum e pouco importante, e computarem a esperança entre os males da ilusão contidos na caixa de Pandora.” (ARENDR, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 308).

entre a necessidade de subsistir um conteúdo útil de privacidade, mas que esse conteúdo não impeça a proteção de outros interesses relevantes da sociedade.

4 A QUESTÃO PENAL E AS FILMAGENS EM AMBIENTES PÚBLICOS E PRIVADOS

Sumário. 4.1 A impunidade como uma falha do sistema que deve ser evitada. O combate à impunidade como direito fundamental da vítima e da sociedade. 4.2 do direito fundamental da produção de prova e a necessidade de uma interpretação constitucionalmente adequada do caso concreto para a decretação de uma prova ilícita. 4.3 a situação de flagrante de um crime como critério legitimador da utilização das filmagens. as filmagens do flagrante são para o processo e não para a imprensa. as filmagens servem como prova da materialidade delitiva de um crime. 4.4 é possível determinar a interceptação das conversas entre um preso e seu advogado quando há suspeita de que o advogado está praticando crimes. ameaças e recados para outros membros da organização criminosa não são protegidos pela ampla defesa. 4.5 a interceptação ambiental e o direito de não produção de provas contra si mesmo. a gravação de conversas informais com preso é um interrogatório clandestino ou técnica de documentação? 4.6 a validade das filmagens que comprovam a existência de crimes contra a humanidade. 4.7 as filmagens que comprovam a existência de crime contra a administração pública. da relatividade da intimidade do agente público e do interesse público a justificar a validade de qualquer filmagem. 4.8 o encontro fortuito de provas e a filmagem. o réu azarado e a validade das provas encontradas aleatoriamente. o problema do encontro fortuito de provas em escritórios de advogados. 4.9 da não existência do direito à palavra como obstáculo às gravações ambientais. 4.10 os direitos fundamentais como limites ao legislador. a possibilidade de gravações ambientais independente de previsão na lei.

4.1 A IMPUNIDADE COMO UMA FALHA DO SISTEMA QUE DEVE SER EVITADA. O COMBATE À IMPUNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA VÍTIMA E DA SOCIEDADE.

“Esse texto sobre penas no estado de Direito pertence a essa categoria. Ele trata de um tema que nenhum penalista racional jamais poderá admitir que algum dia seja esclarecido e que possa dar por resolvido. O sentido da pena estatal jamais será esclarecido de forma simplista e, como problema, jamais será resolvido.”²³⁹

²³⁹ HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito. In: MARTINS, Luis Greco e Antonio (Org.). **Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário.** São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 336.

Indispensável iniciar esse capítulo com a fixação de que é um direito fundamental da vítima e da sociedade a existência de uma efetiva punição àquele que comete crime.²⁴⁰

Germano Marques²⁴¹, ao apontar um modelo ideal para o processo penal, define com precisão “que nenhum responsável passe sem punição (*impunitum non relinqui facinus*) nem nenhum inocente seja condenado (*innocentum non condemnari*)”.²⁴²

Não se pode construir um processo baseando-se, exclusivamente, no *topos*²⁴³ de que nenhum inocente seja condenado.

²⁴⁰ Cabe frisar que esse direito de punir não se subsume à simples legalidade penal. É preciso que haja um controle material sobre os tipos de crime que realmente devem existir no ordenamento. A intervenção mínima, a fragmentariedade e a teoria dos bens jurídicos são limites ao legislador, que não pode criminalizar de qualquer modo. Todavia, quando presentes as condições que legitimam e justificam a criação do tipo penal, a impunidade não pode ser tolerada.

²⁴¹ MARQUES, Germano. **Curso de processo penal I**. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000, p. 24.

²⁴² Douglas Fisher defende sistema parecido chamando-o de garantismo penal integral e destacando que: “Em síntese, do *garantismo penal integral* decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de *direitos fundamentais individuais* implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de *garantismo penal hiperbólico monocular*: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, *não é e nunca foi* o propósito único do *garantismo penal integral*.” FISHER, Douglas. O que é garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo Penal Integral**. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 48. Zunzunegui afirma também: “La noción garantista del proceso no puede seguir descansando unicamente en el respeto a los derechos del acusado. Es preciso integrar esta cosmovisión reduccionista con nuevas exigencias vinculadas a la defensa de los derechos a las víctimas. Para ello es preciso mitigar la patógena influencia de la teoría de los vasos comunicantes, según la cual una mayor efectividad de los derechos de las víctimas supone necesariamente un menoscabo de los derechos del imputado.” (ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. **El principio de la protección de las víctimas en el orden jurídico penal**. Granada: Comares, 2006, p. 40).

²⁴³ Em sentido contrário à utilização desses *topoi* no direito penal, Silva Sanchez afirma que: “Em todo caso, porém, a questão está na possibilidade de prescindir do sistema, no âmbito jurídico-penal, para utilizar em seu lugar apenas um conjunto de *topoi*, para decidir a solução concreta de um problema de nossa disciplina. Diante das dificuldades que a tópica produziria em matéria penal, tão especialmente vinculada aos princípios de igualdade e segurança jurídica, a resposta à questão formulada no final do parágrafo anterior tem que ser negativa. De fato a tópica teve no âmbito jurídico-penal uma repercussão insignificante, se comparada com sua incidência no Direito Civil por exemplo.” (SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2011. p. 136). É um grave equívoco excluir a tópica do Direito Penal e atualmente essa utilização vem sendo resgatada.

Sem dúvida é fundamental a preocupação de evitar a condenação de inocentes, pois nada pode justificar e nem reparar a dor e o sofrimento de quem é injustiçado pela justiça penal.

Essa preocupação não legitima olvidar que também é um *topos* importante a ideia de que quem pratica o crime deve ser punido.

Existe apenas uma aparente contradição entre esses *topoi*. Impedir a condenação de um inocente não significa, *sic et simpliciter*, que um culpado deve ficar impune. É possível compatibiliza-los²⁴⁴.

As regras processuais devem ser concebidas e lidas de modo que o Estado não possa condenar um inocente por questões ideológicas ou seletividade, ou qualquer outro motivo ilegítimo. Ainda, não pode esse mesmo Estado ficar omissos, permitindo que um culpado zombe da vítima e da sociedade com sua liberdade conseguida a partir de pretensos direitos ou de um sistema que, a pretexto de impedir a condenação de um inocente, na prática, impede a condenação de um culpado.

A condenação de um culpado não é apenas um mal necessário. Ideal seria que o crime tivesse sido impedido, mas, uma vez praticado, a impunidade é uma segunda grave violação à ordem jurídica e aos direitos fundamentais. Por outro lado, a absolvição de culpados não é o preço para se viver em um Estado Democrático de Direito.

Não se deve ser tão leniente com a impunidade e nem tratar com normalidade o fato de o direito penal brasileiro não conseguir alcançar determinados setores mais favorecidos da sociedade.

²⁴⁴ “Es preciso mitigar la patógena influencia de la teoría de los vasos comunicantes, según la cual una mayor efectividad de los derechos de las víctimas supone necesariamente un menoscabo de los derechos del imputado” (ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana.” (**El principio de la protección de las víctimas en el orden jurídico penal**. Granada: Comares, 2206, p. 40).

É certo que grassa profunda controvérsia sobre a finalidade da pena, sobre a necessidade de alguns fatos serem definidos como crimes²⁴⁵, sobre a importância de que o direito penal seja realmente, de *ultima ratio*, fragmentário, que respeite ao princípio da ofensividade. Por outro lado, superadas essas ponderações, vão subsistir condutas que devem ser punidas penalmente, por exemplo, homicídio, roubo, corrupção etc.

Os erros e excessos²⁴⁶, e não são poucos, de vários sistemas penais não justificam a sua extinção, ou a adoção *a priori* de medidas que inviabilizem a condenação de culpados.

A grande vantagem da tópica para fundamentar a análise dos problemas penais é que, ao dar atenção ao problema, vai ao encontro da lógica penal de que não existem dois crimes iguais e que o direito penal é essencialmente direito penal do fato.

²⁴⁵ Em sentido contrário, afirmando ser inútil uma busca de coerência na formulação das leis penais, Nietzsche vai destacar que: “*O que revelam as leis.* – É um grave erro estudar as leis penais de um povo como se fossem a expressão de seu caráter; as leis não revelam o que um povo é, mas o que lhe parece estranho, estrangeiro, singular, extraordinário. As leis se referem às exceções à moralidade dos costumes; e as penas mais duras atingem o que está conforme aos costumes do povo vizinho; Assim, para os vaabitas há somente dois pecados mortais: ter outro deus que não o seu e – fumar (que eles chamam de “o modo infame de beber”). “E o assassinato e o adultério?” – perguntou, assombrado, o inglês que tomou conhecimento disso. “Deus é clemente e misericordioso!” – respondeu o velho chefe. – De modo igual, entre os antigos romanos havia a ideia de que uma mulher só podia pecar mortalmente de duas maneiras: cometendo adultério e – bebendo vinho. Catão, o Velho, achava que o beijo entre parentes se tornara costume apenas para manter as mulheres sob controle nesse ponto; pois um beijo significava: ela está cheirando a vinho? Realmente, mulheres flagradas com vinho foram condenadas à morte: e não simplesmente porque às vezes, sob o efeito do vinho, as mulheres são incapazes de dizer “não”; os romanos temiam sobretudo o espírito orgiástico e dionisíaco que vez por outra assolava as mulheres do Sul, quando o vinho era ainda novo na Europa: para eles aquilo era um monstruoso exotismo, que transtornava o fundamento da sensibilidade romana; era quase que traição a Roma, a incorporação do estrangeiro.” (NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 82). Defendendo não existir fundamento legítimo para o direito de punir, Zaffaroni afirma: “julgamos ter chegado o momento em que a doutrina penal do estado de direito deve deixar de legitimar a pena e o poder punitivo e reconhecer que este carece de racionalidade, pois canaliza um elemento racional como é a vingança. Se o saber jurídico penal decidisse ignorar a função do poder punitivo, reconhecendo sua irracionalidade e sua existência como mero *factum*, assumiria diante dele a nobre função de projetar normativamente sua contenção.” (ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 404).

²⁴⁶ Vera Andrade sintetiza esses abusos ao afirmar que: “o poder punitivo estatal e o controle penal moderno se exercem, seletiva e estigmatizantemente, ou numa palavra, com recorte violentamente classista, racista, sexista e outros istas, quando não genocida.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 209).

A preocupação com o estudo do caso e não partindo de ideias apodíticas²⁴⁷, ou de mera colagem de jurisprudências, permite um novo colorido na interpretação jurídico penal.

Esses *topoi* que são necessariamente flexíveis permitem que o operador do direito tenha a liberdade necessária para, verificando que naquele caso concreto, o correto é, por exemplo, não punir o réu, tem o julgador, então, poderes para deixar de aplicar a norma penal incriminadora de modo justificado.

Há, sim, o dever de declarar inconstitucionais, por exemplo, tipos penais que tenham por base a ideologia de determinado Estado, ou, como foi feito mais recentemente no Brasil, quando ocorreu a utilização de direito penal para criminalizar condutas contrárias ao interesse da FIFA²⁴⁸.

Em nenhum momento se defende aqui uma punição pela punição ou poderes para além do respeito aos direitos fundamentais do investigado. É irrefutável que a tortura²⁴⁹ não pode ser admitida como prova e que existem limites para o Estado efetivar a busca de justiça ou de vingança, e, ainda, que não existe pena neutra²⁵⁰.

²⁴⁷ Não há sentido falar em *primum verum* sobre tema tão gerador de conflitos e polêmico como é a questão da justificativa para o dever de punir do Estado.

²⁴⁸ A lei geral da Copa de número 12.663/12 produziu a seguinte tipificação penal: “Art. 33. Expor marcas, negócios, estabelecimentos, produtos, serviços ou praticar atividade promocional, não autorizados pela FIFA ou por pessoa por ela indicada, atraindo de qualquer forma a atenção pública nos locais da ocorrência dos Eventos, com o fim de obter vantagem econômica ou publicitária: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.” Existe um bem jurídico que deva ser tutelado pelo direito penal nessa norma jurídica? Há o reforço de valores comuns na sociedade que precisam ser preservados através do direito penal? Ou é apenas a utilização do direito penal para proteger interesses econômicos da FIFA e de seus patrocinadores? Essa tipificação é de uma inconstitucionalidade solar. Definitivamente nenhum juiz penal no Brasil deveria aplicar essa norma.

²⁴⁹ Hannah Arendt destaca interessante visão sobre a tortura ao falar que esse instrumento de prova não podia ser aplicado aos cidadãos livres: “Os gregos derivavam sua palavra para tortura, *anagkai*, de necessidade, e não de *bia*, que era o termo usado para violência de um homem contra outro; e essa é também a razão do fato histórico de que, em toda a Antiguidade ocidental, a tortura, a necessidade que nenhum homem pode suportar, só podia ser aplicada a escravos, que, de qualquer forma, já estavam sujeitos à necessidade [...] A crença é de que ninguém pode inventar uma mentira sob tortura: ‘On croyait recueillir la voix même de la nature dans le crisis de la douleur. Plus la douleur pénétrait avant, plus intime et plus vrai sembla être ce témoignage de la chair et du sang .Wallon, Histoire de l’esclavage dans l’antiquité, i, 325)’. A psicologia dos antigos era muito mais cônica do que nós do elemento liberdade, de invenção livre, que existe na mentira. As necessidades introduzidas pela tortura supostamente destruíam essa liberdade e, portanto, ela não podia ser aplicada aos cidadãos livres.” (ARENDR, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 160).

²⁵⁰ Pech destaca que “nestes últimos anos, emerge uma nova utopia, a utopia da pena neutra. Uma pena liberta de toda a referência ao sagrado, de toda a violência, de toda a paixão vindicativa, de

Definitivamente, não se pode cair no discurso de que os fins justificam os meios, até porque, como lembra Hannah Arendt²⁵¹:

Falar de fins que não justificam todos os meios é cair em paradoxo, pois a definição de um fim é precisamente a justificação dos meios; e os paradoxos sempre indicam perplexidades, jamais as resolvem, e por isso jamais são convincentes. Enquanto acreditarmos que lidamos com fins e meios no domínio político, não poderemos impedir que alguém recorra a todos os meios para alcançar fins reconhecidos

O que se quer então? Apenas que dentro das regras exista um julgamento justo, de modo que faça parte da justiça criminal que culpados sejam condenados.

É um grave equívoco vislumbrar que apenas o réu tem direitos fundamentais e que o Estado somente deve ser avaliado pela forma com que respeita os direitos fundamentais do réu. É inquestionável a importância desse respeito para a configuração de um Estado Democrático de Direito, todavia, esse é apenas um lado da moeda que não esgota a obrigação do Estado para com a vítima e com a sociedade.

O lado do direito fundamental da vítima e da sociedade, de verem aqueles que efetivamente cometeram crimes serem punidos após o devido processo penal, é um direito fundamental relevante e deve inspirar a interpretação do sistema penal.

Silva Sánchez²⁵² relata, embora não sendo seguidor dessa corrente, que:

Por outro lado, contudo, aqui se apresenta a suposta necessidade de transformar o *jus puniendi* (direito de castigar) do Estado em um dever deste em face da vítima, que seria a autêntica titular do direito. No horizonte do debate aparece, em primeiro plano, a questão dos “delitos de impunidade” como fenômeno jurídico-político, embora a questão teórica obviamente transcenda a este. Mas é significativo que, ao final, a lógica do “dever de castigar” converta o Estado em “partícipe da lesão pública da justiça”, como se sugere. FLETCHER chega a afirmar literalmente que “o

toda a intenção moral e de todo o arbítrio na sua execução.” (GARAPON, Antoine; GROS, Frederic, PECH, Thierry. **Punir em democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 139).

²⁵¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 286).

²⁵² Sánchez, Jesús Maria Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2011, p. 91.

fato de deixar de castigar intencionalmente os agentes que, não obstante, mereceriam uma pena, leva a uma responsabilidade indireta pelo delito”.

A vítima não pode ser continuamente esquecida. O *jus puniendi* é um dever e não uma mera opção do Estado. A cláusula pétrea de nossa Constituição, que prevê a ação penal privada subsidiária da pública²⁵³, reforça a lógica de que a vítima não deve tolerar, e nem compactuar, com a omissão do Estado no exercício do direito de punir.

Não se olvide da necessidade de prevenção, uma vez que a nossa Constituição prevê, no artigo 5º, *caput*, a segurança como direito fundamental, o que demonstra a necessidade de medidas preventivas também no combate à criminalidade.

Nesse diapasão, devemos sempre lembrar a importância para o direito da eleição das premissas que vamos adotar em nosso raciocínio jurídico, pois como Viehweg²⁵⁴ destacou:

Esta simples e consequente dicotomia pergunta-resposta é, extraordinariamente, profícua e devemos nos esforçar em aprofundarmos nela, vinculando-a com o atual curso de nosso pensamento. A referida dicotomia significa que em nossa disciplina tudo se orienta, de um modo reiterado e concludente, para a grande aporia fundamental, que encontra sua formulação na pergunta pelo ordenamento justo e conduz, cabalmente a entender o direito positivo, em sua função de resposta, uma parte integrante da busca do direito [...] Decisiva é antes a especial escolha das premissas que se produz como consequência de um determinado modo de entender o direito a vista da aporia fundamental.

O equívoco da teoria abolicionista²⁵⁵ é partir da premissa de que o direito penal não serve para nada ou sustentar a lógica de a pena ser sempre injusta dizendo que o

²⁵³ Cabe destacar que para Sergio Demoro Hamilton essa ação é um exemplo de ação penal popular, podendo qualquer pessoa do povo promover a ação penal privada subsidiária da pública. Essa posição reforça a lógica do direito de punir pertencente a toda a sociedade. Sergio Demoro afirma ainda no mesmo artigo em tom provocativo: “Só o réu tem direitos humanos! E as vítimas e suas famílias como ficam? Bem, estas, que se virem, perdoem-me o tom pouco acadêmico. É chegada a hora de criar-se uma pastoral para as vítimas de crime!” (HAMILTON, Sergio Demoro. *Questões e Questúncula de Processo Penal* In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, fev-mar, 2002, p. 12).

²⁵⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 99.

²⁵⁵ Os principais autores abolicionistas eram Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen. Nils Christie mudou de opinião na sua obra, afirmando que “O abolicionismo, em sua forma pura, não é uma posição alcançável. Não podemos abolir totalmente o sistema penal [...] o que mais me toca pode ser chamado de minimalismo”. Ele está próximo do abolicionismo, mas aceita que, em certos

único caminho legítimo é ampliar direitos fundamentais do réu, até mesmo evitando a condenação do culpado. Essa tentativa de deslegitimar o sistema penal em nada contribui para uma maior proteção de toda a sociedade e da vítima.

Adote-se ou não a teoria dos bens jurídicos²⁵⁶, o fato é que o direito penal tem uma missão nobilíssima de proteção. É certo que não é a panaceia para todos os males e que não tem poderes para mudar a natureza humana, bem como não pode servir a interesses escusos de grupos econômicos ou dos detentores de poder. Não se pode criar, todavia, uma nova aporia com a eliminação do sistema penal.

A aplicação da sanção, após o devido processo penal, é um direito fundamental da vítima²⁵⁷ e da sociedade, faz parte do processo civilizador que impediu a vingança privada e é uma promessa e dever do Estado. Paul Ricoeur²⁵⁸, com precisão, lembra que: “É na estrutura do processo, tal como este deveria desenrolar-se num Estado de Direito, que se deve buscar o princípio da separação entre vingança e justiça”.

O processo penal passa a ter um papel fundamental. Não se admite qualquer forma de processo, como bem destacou João Silvério Junior²⁵⁹:

O processo penal neste contexto ganha relevância exatamente por constituir a técnica de engano de violência, já que o seu propósito é substituir a vingança pela argumentação compartilhada das palavras. Para que essa violência seja aceita e se interrompa o ciclo infinito de mimese é preciso uma metamorfose. Substitui-se um modelo monologante por um dialogante.

casos, a pena é inevitável (CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: REVAN, 2011, p. 130).

²⁵⁶ Grassa profunda controvérsia na doutrina sobre a utilidade da teoria dos bens jurídicos como fundamento e limite do poder punitivo do estado penal. A própria teoria tem subdivisões aqueles que defendem que a Constituição é a única fonte dos bens jurídicos e a visão mais ampla de que existem bens jurídicos para além da Constituição. Chamando ou não de bem jurídico é inegável que o direito penal não pode ser um mero capricho de legisladores ou a tentativa de imposição ideológica de determinado Estado.

²⁵⁷ Zunzunegui afirma que: “Una adecuada participación de las víctimas en el proceso no debe entenderse como una mera concesión sino como un derecho genuino y originario. El proceso debe garantizar un espacio de acogida y atención a las víctimas.” (ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. **El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal**. Granada: Comares, 2006, p. 35).

²⁵⁸ RICOEUR, Paul. **O justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 184.

²⁵⁹ SILVÉRIO JUNIOR, João. **Processo Penal Fraternal**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 74.

Não se pode ver o Estado apenas como inimigo e violador de direitos fundamentais. É indispensável que o estado assuma um papel ativo no combate à criminalidade, não reproduzindo a violência, mas atuando com sabedoria, a fim de realizar uma seletividade adequada a partir dos bens jurídicos mais relevantes e não determinada pela condição econômica do réu.

A impunidade é uma falha do sistema que o deslegitima e não traz para a vítima e para a sociedade a resposta adequada à agressão sofrida, fazendo com que se diminua a credibilidade no sistema. Ademais, cria-se uma sensação de imunidade no autor do crime, que se vê livre e com a impressão de que poderá repetir atos criminosos, porque nada lhe acontecerá.

Não podemos olvidar também que existe na Constituição a previsão de mandados de criminalização²⁶⁰ e que o princípio da vedação de proteção insuficiente²⁶¹ impede, do ponto de vista do direito posto, a tese abolicionista do direito penal, bem como uma legislação leniente e tolerante com a impunidade.

Há de se reconhecer, portanto, o direito fundamental da vítima²⁶² e da sociedade de que o autor de crimes seja efetivamente punido e, para tanto, a interpretação da

²⁶⁰ Diversas Constituições do mundo ocidental, notadamente aquelas que erguidas no segundo pós-guerra, albergaram obrigações (mandados) de penalizar. A Constituição do Brasil (1988) aderiu a essa metodologia, agregando ao texto constitucional algumas cláusulas que impõem ao legislador a edificação de tipos penais que se disponham a coibir determinadas condutas. Em menor intensidade, igualmente despontam mandados de penalização das Constituições da Espanha, Itália, França e Alemanha (FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80).

²⁶¹ O STF já reconheceu a aplicação desse princípio na seara penal em mais de uma ocasião. Recentemente, quando entendeu que a exigência de representação para o crime de lesão corporal leve previsto na lei Maria da Penha consubstanciava uma proteção insuficiente. Ver informativo 654 do STF.

²⁶² Binder lembra que: “Normalmente, se aceita de maneira acrítica a existência dos poderes do Estado para levar adiante a persecução penal e se discute com precisão qual papel pode ter a vítima dentro do processo penal. Na realidade, a discussão deve ser inversa: deve-se aceitar que a vítima tem sempre o direito de colocar em funcionamento os órgãos de persecução penal do Estado e de provocar o poder jurisdicional (sem dúvida com os limites estabelecidos por um processo penal), mas o que deve ser justificado é a participação do Estado através do Ministério Público, seja porque a vítima é por si só fraca, ou porque se trata de uma vítima comunitária com uma gestão incapaz, por ser a mais indefesa de todas, que é a sociedade em seu conjunto. Porém, sempre se deve reconhecer a existência desse poder individual como a base da organização de um sistema verdadeiramente acusatório.” (BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Lumen juris, editora, Rio de Janeiro, 2003, p. 162).

validade das filmagens no processo penal deve ser feita a partir dos seguintes parâmetros:

a) a filmagem contribui para a condenação de um culpado, ou seja, preserva o direito da vítima e da sociedade? Em caso positivo, a regra é ser essa filmagem válida e o ônus argumentativo para sua não aceitação deve ser todo daquele que cometeu o crime, foi filmado e pretende proibir a utilização da prova;

b) a filmagem evita a condenação de um inocente? Em caso positivo, ela deve ser admitida no processo;

c) a filmagem prova a culpa de um réu, mas existem argumentos para não utilizá-la, como: a clandestinidade da sua colheita; o princípio da não auto-incriminação; a obtenção em local privado; constituir gravação de conversa de réu com seu advogado; ou ser prova encontrada fortuitamente. Na refutação desses argumentos que são utilizados como um dogma de ilicitude da prova é que o próximo capítulo será concentrado.

Vale a pena, então, nessa terceira hipótese, detalhar nos próximos tópicos cada um desses argumentos e fazer uma análise de como eles devem ser utilizados no processo penal.

Por fim, devemos lembrar uma história²⁶³ acerca de um trabalhador suspeito de furtar no trabalho:

Todas as tardes, quando sai da fábrica, os vigilantes inspecionam cuidadosamente o carro de mão que ele empurra, mas nunca encontram seja o que for. Até que, um dia, descobre-se a trama: o que o trabalhador rouba (sic) são carros de mão.

O Direito Penal atual também vem errando o foco ao se esquecer da vítima e da sociedade e olhar apenas para o réu. É preciso recuperar os direitos da vítima, chegando alguns autores a destacar o princípio *in dubio pro victima*²⁶⁴.

²⁶³ ZIZEK, Slavoj. **Violência**. Lisboa: Relógio d'água, 2008, p. 09.

A impunidade não deve ser tolerada tão facilmente e é preciso encontrar uma justa medida de respeito a direitos fundamentais do réu, da vítima, não se admitindo que o pêndulo fique só em um lado e fazendo com que a vida em sociedade possa ser menos angustiante.

Para concluir esse tópico, há de se lembrar Tobias Barreto²⁶⁵, que afirmou com precisão:

Há homens que tem o dom especial de tornar incompreensíveis as cousas mais simples deste mundo, e que ao conceito mais claro que se possa formar sobre esta ou aquella ordem de factos, sabem dar sempre uma feição pela qual o axioma se converte de repente em um enigma do esphinge [...] o direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social por força do seu próprio desenvolvimento. A theoria que por mero gosto de levantar pontos de interrogação, onde já existem pontos finais, ainda problematiza esse direito, intuitivo e liquido, é irmã daquela outra que tinha coragem de perguntar com todo o serio, se não era possível a existência de uma nação ou de um estado sem território próprio, verdadeira extravagância, que hoje difficilmente ocupará a atenção de um espirito desabusado.

4.2 DO DIRETO FUNDAMENTAL DA PRODUÇÃO DE PROVA E A NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO CASO CONCRETO PARA A DECRETAÇÃO DE UMA PROVA ILÍCITA.

Não se pode obter prova criminal com sacrifícios intoleráveis do direito de defesa e não se pode obstar a

²⁶⁴ “Se ha afirmado que el acto de hacer justicia tanto al acusado como a las víctimas, es la finalidad básica del Tribunal. Estimo, más bien, que la tarea prioritaria de los órganos jurisdiccionales es la obtención de una respuesta justa para las víctimas en un espacio institucional respetuoso con las garantías del victimario. La pupila judicial debe percibir el mensaje de las víctimas, pues sólo a partir de la comprensión de lo que ellas significan puede cimentarse la idea de justicia. Por ello, tiene pleno sentido la propuesta de BERISTAIN, centrada en buscar en la cosmovisión judicial un acomodo para el principio ‘In: dubio pro víctima’. No se trata de poner en tela de juicio el paradigma ‘pro reo’ en el campo de la prueba; se busca, más bien, hacer presente a los jueces que cada una de sus decisiones debe estar gobernada por la comprensión del significado de las víctimas, dado que la injusticia por las víctimas padecida, es el punto de partida de la justicia por los jueces buscada. En términos axiológicos, constituiría un modelo de discriminación positiva coherente con una justicia que ofrece al que sufre una injusticia la máxima protección pensable – en términos de eficiencia – y posible – en términos de garantía -. En palabras de JANKELEVITCH, La justicia está para dar a la debilidad el suplemento de fuerza que necesita; sin la justicia las desigualdades abandonas a si mismas crecerían sin descanso. Comprendida y vivenciada de esta manera, no se priva a las víctimas de esperanza en la justicia” (ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. **El principio de la protección de las víctimas en el orden jurídico penal**. Granada: Comares, 2206, p. 36).

²⁶⁵ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Brasília: Senado federal, 2004, p. 161.

diligências de prova por simples invocação nominal do direito de defesa.²⁶⁶

É importante fixar a premissa de que existe o direito fundamental de produção de prova²⁶⁷. Efetivamente, a regra é que todos os meios de prova são válidos e o próprio legislador precisa de um fundamento relevante para proscrever ou limitar a produção de determinada prova.

A clássica frase “se a Constituição dá os fins, ela precisa dar os meios” legitima a ideia de que não há sentido falar em acesso à justiça sem condições de provar o que é levado ao processo pela parte, de onde se extrai o direito de produção de prova.

A regra deve ser a liberdade da produção da prova, uma vez que seu objetivo central é comprovar o relato da parte, contribuindo, em última instância, para a realização da justiça.

Sejamos sinceros: a parte que tem razão em suas alegações não se preocupa em impedir que determinada prova seja juntada ao processo²⁶⁸. Normalmente, a discussão da validade da prova é levada a cabo pela parte que é prejudicada, do ponto de vista material, com a utilização daquela prova.

De fato, esse tema é bastante sensível, mas é a chave para a interpretação da vontade do Estado de punir ou de proteger réus culpados.

²⁶⁶ Na introdução de Teresa Beleza em BELEZA, Teresa; e PINTO, Frederico (Coord.). **Prova criminal e direito de defesa**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 05.

²⁶⁷ Eduardo Cambi leciona: “A noção de direito público subjetivo à prova encontra seus fundamentos normativos na Constituição, podendo ser implicitamente deduzida das garantias constitucionais do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório ou ser explicitamente reconhecida a partir da regra contida no artigo 5º, §2º, CF que incorpora, no ordenamento jurídico brasileiro, o art. 8.2 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), bem como o art. 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Essas garantias constitucionais do processo asseguram meios e resultados, porque têm a dúplici função de proporcionar instrumentos processuais adequados à solução dos conflitos de interesses e viabilizar resultados úteis e eficazes àqueles que recorrem ao Judiciário na esperança de serem os seus problemas resolvidos da maneira mais justa possível.” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil**. São Paulo: RT, 2006, p. 18).

²⁶⁸ Na hipótese de falsidade da prova estar-se-ia diante da prática de um crime o que justifica a sua retirada dos autos.

O alargamento de hipóteses de proibições probatórias somente se justifica quando calcado na proteção de direitos fundamentais. O legislador não tem liberdade para inviabilizar a colheita de prova por mero capricho ou puro legalismo.

Isso inspira também as interpretações das normas que limitem ou proíbam a prova.

Alexandre Coura²⁶⁹ destaca que:

Nesse sentido, à luz do julgamento do *Habeas Corpus* 3982-RJ, pelo Superior Tribunal de Justiça (capítulo I), por exemplo, é possível compreender porque a definição jurisdicional da (i)lícitude da prova deve ser tratada em concreto, como fruto de um processo no qual as circunstâncias do caso sejam levadas em consideração, e não como um dado pressuposto, decorrente de uma perspectiva ontologizante e redutora da complexidade, inclusive nas situações em que a escuta telefônica tenha sido realizada sem autorização judicial [...] Tomando a questão da interpretação jurídica exatamente dali, onde o positivismo kelseniano parou, há de se destacar que a legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe, igualmente, que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais. Dessa forma, apenas uma interpretação construtiva do ordenamento jurídico (principiologicamente concebido), atenta às peculiaridades do caso concreto, evitará um indevido alargamento do rol das provas consideradas ilícitas, permitindo identificar inúmeras situações em que a produção probatória é lícita, apesar da existência de normas restritivas 'prima facie' aplicáveis.

Há que se buscar, no caso concreto, a existência dos fundamentos para a proibição da prova. Não se é dado encontrar, em abstrato, a melhor solução sobre o tema. O fundamento que serviu para a edição da proibição legal deve ser confrontado com as peculiaridades do caso concreto, para se aferir se, também nessa hipótese, subsiste a razão para não admissão da prova.

Esse raciocínio deve ser estimulado, pois é o que melhor viabiliza a realização do objetivo do constituinte, preservando o fundamento da proibição, mas não o congelando de sentidos.

²⁶⁹ COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da vedação constitucional de provas ilícitas**: contribuições para garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Orientação: Menelick de Carvalho Netto. Co-orientação: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG: Belo Horizonte, novembro de 2007.

Não se está defendendo puro capricho ou um decisionismo solipsista do julgador, mas, se é impossível estabelecer sentidos sem o caso concreto²⁷⁰, é indispensável que a definição da validade ou não da prova seja feita fundamentada e especificamente para aquele caso.

Essa é uma grande dificuldade do excesso de demandas. É habitual a reprodução de fundamentações genéricas que se encaixam em todos os processos, mas que não atendem, em nenhuma hipótese, às exigências de um julgamento motivado, posto que essa generalidade mutante é incompatível com o caso concreto.

Não é o simples descumprimento da regra estabelecida no Código Penal ou no Código de Processo Penal que torna determinada prova ilícita, mas, sim, a verificação de sua (in)compatibilidade com os direitos fundamentais em sua perspectiva global (réu e sociedade). Tal exame pode definir que, em determinados casos, mesmo que caracterizada afronta à letra do código, não há substancialmente uma violação ao Direito e, portanto, a prova é lícita e pode ser utilizada normalmente no processo²⁷¹.

Nesse diapasão, cabe trazer à baila dois importantes precedentes de nossa jurisprudência. No primeiro, o STF apreciou a legalidade da colocação de escuta ambiental em escritório de advogado, efetuada durante a madrugada.

Da ementa, cabe transcrever o seguinte excerto:

Não obstante a equiparação legal da oficina de trabalho com o domicílio, julgou-se ser preciso recompor a *ratio* constitucional e indagar, para efeito de colisão e aplicação do princípio da concordância prática, qual o direito, interesse ou valor jurídico tutelado por essa previsão. Tendo em vista ser tal previsão tendente à tutela da intimidade, da privacidade e da dignidade da pessoa humana, considerou-se ser, no mínimo, duvidosa, a equiparação entre escritório vazio com domicílio *stricto sensu*, que pressupõe a presença de pessoas que o habitem. De toda forma, concluiu-se que as medidas

²⁷⁰ Lenio Streck exemplifica que não há respostas antes das perguntas. “Repito: não há textos sem coisas. Pode haver centenas de definições para a palavra furto. Entretanto o evento furto – momento único em que se dará sentido de um furto mesmo – ocorre apenas de um modo. Esse modo se dá a partir da *applicatio*. A decisão acerca desse evento se dará a partir da reconstrução institucional do direito, da coerência e da integridade. A decisão acerca do fenômeno não partirá de um grau zero e tampouco ocorrerá pelo acoplamento de um sentido previamente elaborado (sintática e semanticamente) a um fato desnudo.” (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 398).

²⁷¹ BEDÊ JUNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**. São Paulo: RT, 2009, p. 52.

determinadas foram de todo lícitas por encontrarem suporte normativo explícito e guardarem precisa justificação lógico-jurídico constitucional, já que a restrição conseqüente não aniquilou o núcleo do direito fundamental e está, segundo os enunciados em que desdobra o princípio da proporcionalidade, amparada na necessidade da promoção de fins legítimos de ordem pública. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Eros Grau, que acolhiam a preliminar, ao fundamento de que a invasão do escritório profissional, que é equiparado à casa, no período noturno estaria em confronto com o previsto no art. 5º, XI, da CF. Inq 2424/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19 e 20.11.2008. (Inq-2424)²⁷²

À primeira vista, a questão era de uma simplicidade evidente. Existe a equiparação entre local onde a pessoa exerce sua profissão e domicílio, e, portanto, o mandado teria que ter sido cumprido durante o dia, nos termos do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Logo, a prova seria ilícita²⁷³. Ocorre que o STF, de modo acertado, não se prendeu ao texto da regra que limitava a produção da prova. Efetivamente, o legislador precisou ter um fundamento para proibir o cumprimento de mandados durante a noite, que foi o repouso noturno. Essa razão de proibir, contudo, não estava presente no caso concreto, logo não houve, de fato, violação à Constituição.

Interessante notar que é a legislação infraconstitucional que equipara a domicílio o local onde a pessoa exerce sua profissão, sendo que o texto constitucional, em nenhum momento, promove tal equiparação.

As normas não podem ser interpretadas de modo isolado. Se foi reconhecida a necessidade de captação audiovisual naquele ambiente privado, a operacionalização da captação deve atender aos reclamos do caso concreto.

²⁷² Informativo STF n.º 529.

²⁷³ Defendendo a ilicitude da prova, Diogo Malan afirma: “os direitos fundamentais individuais não podem ser adaptados às necessidades dos meios ocultos de investigação, como pretendeu o STF. Muito pelo contrário, são os meios ocultos de investigação que devem, caso haja compatibilidade, ser adaptados aos direitos fundamentais individuais. Nesse sentido, a constatação de que o ingresso no domicílio do investigado, durante o dia, frustraria o êxito da gravação ambiental domiciliar, não tem o poder jurídico de revogar o disposto no artigo 5º, XI da Lei Maior. Vale dizer: o pretexto da instalação de equipamentos de gravação ambiental não autoriza o ingresso noturno no domicílio do cidadão investigado – ainda que com autorização judicial – pois não se trata de uma das hipóteses excepcionais textualmente contempladas pelo legislador constituinte.” (MALAN, Diogo Rudge. **Gravações ambientais domiciliares no processo penal**: temas para uma perspectiva crítica do direito. Homenagem ao professor Geraldo Prado. Coordenadores Joel Corrêa de Lima e Rubens RR Casara. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 351).

Apenas no cinema existe a possibilidade de conseguir instalar uma gravação ambiental contra os sócios de uma empresa, com eles presentes e sem perceber o ocorrido.

Efetivamente, sendo o meio de prova importante para o esclarecimento do caso concreto os eventuais limites estabelecidos em abstrato pelo legislador na execução da medida devem ser interpretados e, se for o caso, afastados, se houver uma motivação que não foi levada em consideração pelo legislador e que tenha força suficiente para justificar a medida.²⁷⁴

A segunda decisão colhida do STJ aponta que o princípio de que ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza deve impedir a decretação de nulidade da violação do sigilo bancário. A ementa²⁷⁵ relata que:

EMEN: HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexistente, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação. 3. Assim, a par da regra da liberdade dos

²⁷⁴ No sentido do acerto da decisão do STF Andre Ramos afirma que: Apesar do comando expresso do art. 5º, XI, o STF reconheceu como 'válida' a invasão domiciliar 'durante a noite' por ordem judicial, justificando-a em virtude da (i) inexistência de outra alternativa, pois a invasão durante o dia frustraria o escopo da medida, inviabilizando a tutela judicial justa; (ii) houve desgaste mínimo à privacidade, pois o escritório de advocacia cujo recinto foi invadido pelos policiais federais (para instalação de aparelho de interceptação ambiental) estava vazio (Inq. 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 26-11-2008, Plenário, DJE de 26-3-2010). Correto o entendimento do STF, uma vez que a ponderação de bens e valores e prevista no corpo da Constituição 'não é exaustiva nem impede' a aplicação do critério da proporcionalidade em situações não previstas pelo Poder Constituinte (vide Parte I, Capítulo III, item 7.4.5 sobre a 'ponderação de 2º grau'). De fato, há casos nos quais o direito de acesso à justiça e seus corolários, como o direito à verdade e à tutela jurídica justa, exigem que o direito à privacidade seja mitigado, 'podendo o juiz autorizar, fundamentadamente, a invasão domiciliar noturna'. Interpretar as exceções à inviolabilidade domiciliar como sendo exaustivas seria negar a tutela jurídica justa, o que não é, obviamente, o objetivo de um Estado Democrático de Direito." (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p 534).

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 200600116081-52995. Relator Og Fernandes. Brasília, 04/10/2010, RSTJ, v. 220, p. 643.

meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito a própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das pacientes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima. 5. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza. 6. A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. 7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. 8. Ordem denegada.

Não se deve admitir que a parte viole direitos fundamentais e, depois, beneficie-se de sua violação. É preciso equilíbrio no momento de interpretar o caso concreto. Andou bem o STJ em não reconhecer o fato de o banco informar ao sobrinho da vítima uma movimentação financeira fraudulenta como prova ilícita. A decretação da nulidade beneficiaria apenas o fraudador.

Por outro lado, é curioso destacar que, se lembrarmos, até mesmo a famosa decisão de Salomão, ao resolver o dilema da maternidade da criança, poderia ser criticada do ponto de vista atual, como sendo uma decisão nula pelo fato de o juiz ameaçar as partes²⁷⁶.

De fato, a jurisprudência começa a encampar a ideia de que a análise da ilicitude de uma prova não pode ser feita de modo meramente formal, devendo o magistrado

²⁷⁶ Zilli vai destacar que: “Contudo, outra leitura, que não se mostra tão evidente, é igualmente possível. De fato, um olhar mais crítico sobre os procedimentos adotados pelo Rei suscita questões instigantes. É que o Rei-julgador vale-se do expediente da ameaça e do temor para proclamar uma solução e, com isso, por fim à situação que o incomoda. Ou seja, o Rei joga e manipula com o sofrimento das mulheres, a ponto de atingir uma situação limite. O desespero, intencionalmente provocado, assume uma proporção insuportável até que uma delas expressa a maior das renúncias, a renúncia à maternidade.” introdução de Marcos Zilli à seguinte obra: SANTIAGO, Nestor. (Coord.). **Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro e estrangeiro**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. X.

prestigiar o caso concreto, para, então, encontrar o verdadeiro sentido do alcance da Constituição.

Por fim, deve-se destacar que a decisão judicial deve sempre procurar materializar a melhor interpretação possível, não apenas em temas processuais, mas, especialmente, em questões relativas a direitos humanos.

Um exemplo interessante ficou conhecido na Espanha como caso Noara²⁷⁷, no qual o fundamento pelo qual o legislador proibiu que menor efetuasse a doação de órgãos deveria ceder, à luz do caso concreto, diante da peculiaridade de que o beneficiário era o próprio filho do doador.

Efetivamente, a realidade é muito mais complexa e viva e deve ser levada em consideração pelo operador do direito quando do julgamento²⁷⁸, com a busca da interpretação constitucionalmente adequada²⁷⁹ e possível no caso concreto em exame.

²⁷⁷ Alfonso Figueroa resumiu do seguinte modo: “Hace unos meses, en Sevilla, una niña gravemente enferma, Noara, necesitaba con urgencia un trasplante de hígado. Como este tipo de trasplantes solo requieren parte del hígado del donante, es posible extraerla de un donante vivo. Felizmente, la persona idónea para donar parte de su propio hígado era la propia madre de Noara. Sin embargo, existía un impedimento legal: la madre era menor de edad. Como, entre otras normas, el artículo 4º de la Ley 30/1979 de 27 de octubre, sobre extracción y trasplantes de órganos dispone como condición aparentemente inderrotable en estos casos que el donante vivo sea mayor de edad, en principio no era posible que Noara recibiera la donación de su propia madre, también menor. Con un argumento analógico de poco interés para nosotros, la juez decide entonces en un Auto que, a pesar de todo, procede la donación, una vez explorada la madre de Noara; pero lo que interesa aquí subrayar es el carácter claramente derrotable que presenta la norma presuntamente inderrotable que prohíbe la donación entre vivos cuando el donante no es mayor de edad.” (FIGUEROA, Alfonso Garcia. Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo (Coord.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2008 p. 201).

²⁷⁸ Tércio Ferraz faz importante esclarecimento sobre a tópica ao afirmar que: “Esa doble posibilidad de argumentación tópica, centrada y fundamentada en la percepción de la justicia como tema central Del raciocínio tópico en el derecho, repercute en la actividad argumentativa jurídica y se manifiesta en El enfoque de la justicia a veces como justeza (relación/subsunción), otras como sentido de lo justo (absoluto/ponderación). Este doble enfoque, encarado por El aplicador en la construcción de los argumentos, traduce una elección ética dentro de un conflicto fundamental entre inducir a hacer aquello que es correcto e inducir a hacer aquello que es bueno. Lo que implica argumentaciones unas veces para obtener decisiones consistentes en actuar correctamente según las leyes y los principios, en las cuales las ideas de deber y corrección (justicia como topos de la relación justa: justeza) son los temas centrales, y otras para obtener decisiones consistentes en la tentativa de la satisfacción de determinados fines considerados Buenos, en las cuales la idea de bien (justicia como topos del sentido absoluto de lo justo) es el tema central.” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Tópica jurídica. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Ano 6, v. 239, jul-dez 2012, p. 219).

²⁷⁹ Criticando esse conceito Ney Bello afirma que: “Não é possível conceber a Constituição unicamente sob pré-compreensões liberais, nem sob pré-compreensões sociais ou democráticas. Nem interpretar seu conteúdo desde um pensar institucionalista ou axiológico. Toda a gama de

4.3 A SITUAÇÃO DE FLAGRANTE DE UM CRIME COMO CRITÉRIO LEGITIMADOR DA UTILIZAÇÃO DAS FILMAGENS. AS FILMAGENS DO FLAGRANTE SÃO PARA O PROCESSO E NÃO PARA A IMPRENSA. AS FILMAGENS SERVEM COMO PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA DE UM CRIME.

Inicialmente cabe destacar que a hipótese de flagrante de um crime pode ocorrer sem que o criminoso seja de fato preso.

A Constituição prevê na cláusula pétrea do artigo 5º, inciso XI, que a hipótese de flagrante é autorizadora do ingresso na residência independente de mandado judicial, podendo esse ingresso no domicílio, inclusive, ser realizado durante o período noturno.

O CPP prevê, no seu artigo 301, que qualquer pessoa do povo pode efetuar a prisão em flagrante.

Observa-se, então, que qualquer pessoa do povo está legitimada a efetuar, mesmo que no domicílio do investigado e durante a noite, a prisão enquanto estiver o réu em situação de flagrante²⁸⁰.

Se é incontroversa a legitimidade para efetuar a prisão em flagrante, *a fortiori* qualquer do povo está autorizado a filmar o flagrante, pois tal conduta é um *minus* em relação à prisão²⁸¹.

tensões entre as três concepções político-normativas, com o acréscimo de novos topoi fruto da hipercomplexidade do tempo presente, e a tudo somadas algumas tendências socialistas e outras neoliberais fizeram do texto uma amálgama de projetos, desejos e concepções que tornam impossível a compreensão de um único programa normativo, e que deixe transparecer alguma compreensão constitucionalmente adequada” (BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente:** da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 30).

²⁸⁰ O CPP prevê no art. 302: Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

²⁸¹ Tércio Sampaio cita como exemplo de argumentos tópicos “el ab auctoritate, ad hominem, a fortiori, a maiori ad minus, a minori ad maius y el de los exempla” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Tópica jurídica. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Ano 61, v. 239, jul-dez 2012, p. 218).

A filmagem vai apenas documentar o flagrante. Não se pode opor nenhum direito fundamental para impedir essa filmagem, uma vez que não há direitos fundamentais que possam servir de escudo para a prática de crimes.

Quando o Constituinte excepcionou do âmbito de abrangência da inviolabilidade domiciliar as hipóteses de prisão em flagrante, o fez por considerar que, nesse momento, não há intimidade a ser preservada.

Uma distinção de raciocínio será importante quando estivermos diante de uma hipótese de dúvida da situação de flagrante.

É claro que, se houver dúvida quanto à situação de flagrante, não deve a polícia invadir a casa. A dúvida não autoriza o ingresso no domicílio e a eventual confirmação do crime não convalida o ingresso indevido²⁸².

Efetivamente, meras suspeitas não estão dentro da exceção constitucional que autoriza o ingresso no domicílio sem mandado.²⁸³

²⁸² Andrey Medonça destaca que: “A polícia não pode adentrar no domicílio primeiro para, em um segundo momento, verificar se realmente há situação de flagrante. A situação deve ser justamente a contrária: verifica se há flagrante, depois, entra. Do contrário, estar-se-ia concedendo uma margem ampla para práticas abusivas e uma verdadeira carta em branco para violações.” (MENDONÇA, Andrei Borges. **Prisão e outras medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 141).

²⁸³ Pode-se citar o seguinte aresto que deixa claro esse entendimento: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. ACÓRDÃO QUE SE FUNDOU NOS FATOS E NAS PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL CUJA MINUTA NÃO SE INSURGE CONTRA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Conseqüentemente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF). 2. No caso sub examine, o acórdão recorrido pautou-se nos fatos e nas provas apuradas na instrução processual. Inviável em sede de apelo extremo o reexame da matéria fático-probatória, a teor do enunciado da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. 3. Assim sendo, não cabe o recurso extraordinário quando o acórdão recorrido deu determinada qualificação jurídica a fatos delituosos e se pretende atribuir aos mesmos fatos outra configuração, quando essa pretensão exige reexame de provas (ERE 58.714, Relator para o acórdão o Min. Amaral Santos, RTJ 46/821; RE 63.226, Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ 46/666). 4. In: casu, acórdão recorrido assentou: “Penal. Processo Penal. Art. 16, caput, da Lei nº 10.826/2003. Violação de domicílio. Meras suspeitas. Não caracterização de flagrante delito. Prova ilícita. Absolvição. 1. Meras suspeitas de que o apelante seria o possível autor de crime cometido no local investigado, não autoriza a entrada dos policiais em sua residência, sob o fundamento de flagrante delito. 2. Sem eficácia probatória a prova colhida, pois obtida ilicitamente, cuja apuração se deu diante de comportamento ilícito dos agentes dos agentes estatais, violando o

De modo diferente, é possível iniciar uma filmagem na hipótese de dúvida, uma vez que a legitimação das filmagens não decorre exclusivamente da hipótese de flagrante.

Aqui devemos lembrar a premissa de que a intimidade protegida constitucionalmente somente existe se for motivada e, por óbvio, a prática de crime não é um motivo constitucional para a manutenção da intimidade.

Não há direito fundamental à prática de crimes e nem à ocultação ou à proteção de ações criminosas. A intimidade protegida constitucionalmente não é a intimidade criminosa.

Ademais, devemos lembrar que a filmagem tem um potencial lesivo muito inferior à prisão em flagrante, uma vez que esta retira a liberdade do indivíduo, enquanto aquela apenas documenta uma situação para posterior análise judicial.

Cabe, nesse momento, pontuar que se defende a utilização das filmagens dentro do processo, para que, respeitado o devido processo penal, haja a decisão justa. Em nenhum momento se justifica a divulgação das imagens para a exploração da mídia.

O lugar de punir é no bojo do processo penal. Não há que se admitir a execração pública para deleite do interesse econômico ou midiático. Se é certo que a publicidade é um princípio basilar do processo penal, esse princípio não é absoluto, devendo ser restringido se existir um motivo legítimo, como nas hipóteses de filmagens para evitar que a sociedade já aplique ao réu uma sanção social imediata. Nas hipóteses de júri, a questão é mais dramática, uma vez que não se tem como

domicílio do acusado, não servindo de suporte a legitimar sua condenação. 3. Inadmissível também a prova derivada da ilícita, pois evidente o nexos causal entre a invasão de domicílio e a apreensão das armas. 4. Não há, também, que se valorizar a confissão do apelante, eis que esta só ocorreu em decorrência da apreensão ilegal, correndo-se o risco de tornar letra morta a norma constitucional que veda a utilização da prova ilícita. 5. A absolvição é medida que se impõe. 5. Agravo regimental a que se nega provimento". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 597752. Relator Luiz Fux, 1ª Turma. Brasília, 23/04/2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 5 de abril de 2014).

saber se o jurado vai utilizar como critério de formação do seu convencimento as provas do processo ou as produzidas pela mídia²⁸⁴.

É preciso, então, limitar a divulgação das filmagens de um crime até o julgamento do processo²⁸⁵. Não se pode permitir que o drama humano existente no processo se transforme em apenas uma manchete preocupada com audiência e interesses econômicos menos relevantes do que a preservação da imagem do réu.

Constata-se, diariamente, a violação por parte da imprensa desse direito fundamental do réu.

Qual, então, a melhor medida a ser tomada? A questão deve ser resolvida através da fixação de multas expressivas, a fim de desestimular o desrespeito da mídia para com esse direito.

²⁸⁴ Simone Schreiber afirma que: “A distinção entre a verdade midiática e a verdade processual é de fundamental importância para se compreender a nocividade de determinadas manifestações jornalísticas que se arvoram em desvendar fatos criminosos e pautar a atuação da justiça a partir de sua atuação. A verdade produzida pela imprensa não é mediada pelas garantias do processo, portanto, não pode ser levada em conta pelo juiz quando dita a sentença. A verdade judiciária é construída com distanciamento e através de um processo dialético de contraposição de versões do fato e debate. Esse amadurecimento é essencial ao ato de julgar, contudo no discurso da imprensa, essa verdade mediada é percebida como resultado do mau funcionamento das instituições, resultado das artimanhas das partes, falhas do sistema e da excessiva permissividade de alguns juízes.” (SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 410).

²⁸⁵ O artigo 88 do Código de Processo Penal de Portugal prevê: “É permitida aos órgãos de comunicação social, dentro dos limites da lei, a narração circunstanciada do teor de actos processuais que se não encontrem cobertos por segredo de justiça ou a cujo decurso for permitida a assistência do público em geral. 2 - Não é, porém, autorizada, sob pena de desobediência simples: a) A reprodução de peças processuais ou de documentos incorporados no processo, até à sentença de 1.ª instância, salvo se tiverem sido obtidos mediante certidão solicitada com menção do fim a que se destina, ou se para tal tiver havido autorização expressa da autoridade judiciária que presidir à fase do processo no momento da publicação; b) A transmissão ou registro de imagens ou de tomadas de som relativas à prática de qualquer acto processual, nomeadamente da audiência, salvo se a autoridade judiciária referida na alínea anterior, por despacho, a autorizar; não pode, porém, ser autorizada a transmissão ou registro de imagens ou tomada de som relativas a pessoa que a tal se opuser; c) A publicação, por qualquer meio, da identidade de vítimas de crimes de tráfico de pessoas, contra a liberdade e autodeterminação sexual, a honra ou a reserva da vida privada, excepto se a vítima consentir expressamente na revelação da sua identidade ou se o crime for praticado através de órgão de comunicação social. 3 - Até à decisão sobre a publicidade da audiência não é ainda autorizada, sob pena de desobediência simples, a narração de actos processuais anteriores àquela quando o juiz, oficiosamente ou a requerimento, a tiver proibido com fundamento nos factos ou circunstâncias referidos no n.º 2 do artigo anterior. 4 - Não é permitida, sob pena de desobediência simples, a publicação, por qualquer meio, de conversações ou comunicações interceptadas no âmbito de um processo, salvo se não estiverem sujeitas a segredo de justiça e os intervenientes expressamente consentirem na publicação.

O juiz pode proibir a divulgação específica de imagens do réu. O CPP prevê, em relação à vítima, no §6º do artigo 201, que:

O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Esse dispositivo não pode ser interpretado apenas para a vítima. Também o réu deve ter sua proteção contra o abuso da imprensa, além, é claro, das testemunhas, policiais que participaram da prisão, enfim, qualquer pessoa que esteja envolvida com o processo penal.

Por fim, é importante observar que a filmagem da situação de flagrante não serve apenas para comprovar a autoria, mas também a materialidade delitiva de um crime, que pode ser demonstrada a partir das imagens.

O STJ²⁸⁶, em importante precedente, ratifica esse entendimento ao decidir que:

DIREITO PENAL. EXAME PERICIAL NO CASO DE CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA.

Ainda que não tenha sido realizado exame de corpo de delito, pode ser reconhecida a presença da qualificadora de escalada do crime de furto (art. 155, § 4º, II, do CP) na hipótese em que a dinâmica delitiva tenha sido registrada por meio de sistema de monitoramento com câmeras de segurança e a materialidade do crime qualificado possa ser comprovada por meio das filmagens e também por fotos e testemunhos. De fato, nas infrações que deixam vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito, nos termos do que disciplina o art. 158 do CPP, o qual somente pode ser suprido pela prova testemunhal quando aqueles houverem desaparecido. Contudo, estando devidamente demonstrada a existência de provas referentes à utilização da escalada para realizar o furto, por meio de filmagem, fotos e testemunhos, mostra-se temerário desconsiderar o arcabouço probatório ante a ausência de laudo pericial da escalada, o qual certamente apenas confirmaria as provas já existentes. Note-se que prevalece igualmente no STJ o entendimento de que não se deve reconhecer uma nulidade sem a efetiva demonstração do prejuízo, pois a forma não deve preponderar sobre a essência no processo penal. Ademais, importante ponderar que não pode o processo penal andar em descompasso com a realidade, desconsiderando elementos de prova mais modernos e reiteradamente usados, os quais, na maioria das vezes, podem revelar de forma fiel a dinâmica delitiva e as circunstâncias do crime praticado.

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.392.386-RS. Rel. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, julgado em 3/9/2013. Disponível no Informativo STJ 529.

A filmagem é um meio hábil, portanto, para suprir a falta de exame de corpo de delito direto, sendo uma prova idônea para demonstrar a materialidade delitiva. Cabe lembrar uma hipótese muito importante do tema em debate: a comprovação da embriaguez ao volante a partir de filmagens.

O Brasil tem um posicionamento diferente de vários países²⁸⁷, na esfera penal, ao não admitir a obrigatoriedade do condutor de veículo de submeter-se ao bafômetro.

Apesar desse equívoco, a legislação brasileira é expressa ao admitir, no § 2º do art. 306²⁸⁸ do CTB, a possibilidade de comprovação da embriaguez a partir de vídeos. Não há qualquer violação da intimidade do condutor de veículo, podendo ser filmada a abordagem policial.

Essa filmagem pode, inclusive, demonstrar de modo cabal a materialidade do crime de embriaguez ao volante, não se exigindo qualquer formalidade na sua elaboração, já que, por exemplo, o celular do policial pode ser utilizado para filmar o comportamento alterado do condutor de veículo.

²⁸⁷ Pacelli aponta com precisão que: “Nos Estados Unidos e em praticamente toda a Europa são permitidas determinadas ingerências corporais, variando apenas a necessidade de previsão legal e/ou de ordem de autoridade judiciária. Na Alemanha, o art 81 do StPO autoriza expressamente a extração de sangue para teste de alcoolemia, dispensando ordem judicial, e exigindo a presença de um médico. Na Espanha, o Tribunal Constitucional permite também determinadas intervenções corporais, como anota Ruiz, em coletânea de jurisprudência daquela corte, cuidando de fazer a necessária distinção entre a prova pericial-técnica da prova obtida pelo depoimento, de modo a apontar a possibilidade de se submeter a intervenção corporal ao contraditório, e assim, ao controle judicial.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 216). Acreditamos que o Brasil está equivocado nesse tema. Ver BEDÊ JUNIOR, Américo e SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**. São Paulo: RT, 2009.

²⁸⁸ O Código de Trânsito Brasileiro prevê que: “Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: [...] § 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova”. No direito comparado, cabe destacar que, na Espanha, o artigo 379 de seu Código Penal prevê o crime de condução de veículos motores sob a influência de tóxicos e álcool, sendo que o artigo 383 desse código prevê, expressamente, o crime de desobediência do condutor que se recusa a fazer o teste de bafômetro.

Verifica-se, definitivamente, a importância das filmagens como meio de prova no processo penal brasileiro²⁸⁹.

4.4 É POSSÍVEL DETERMINAR A INTERCEPTAÇÃO DAS CONVERSAS ENTRE UM PRESO E SEU ADVOGADO QUANDO HÁ SUSPEITA DE QUE O ADVOGADO ESTÁ PRATICANDO CRIMES. AMEAÇAS E RECADOS PARA OUTROS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NÃO SÃO PROTEGIDOS PELA AMPLA DEFESA

É altaneiro o papel reservado à advocacia pelo constituinte brasileiro. Ao prever no artigo 133 que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, demonstra a Carta Magna a clássica expressão que, sem advogado, não há justiça.

É tão diferenciado o papel da OAB, que o STF não exige da entidade pertinência temática para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, diferentemente de todas as outras entidades de classes²⁹⁰.

É sempre cabível lembrar Couture²⁹¹, que, nos seus clássicos mandamentos do advogado, deixou uma mensagem indelével sobre o verdadeiro papel do advogado:

4) LUTA - Teu dever é lutar pelo Direito, mas o dia em que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça.

5) SÊ LEAL - Leal para com o teu cliente, a que não deves abandonar até que compreendas que é indigno de ti. Leal para com o adversário, ainda

²⁸⁹ Bauman destaca que: “Acontece que tendemos a descobrir algo agradavelmente reconfortante quando ouvimos melodias que sabemos de cor. E tendemos a acreditar muito mais no que *vemos* do que no que *ouvimos*. Pense na diferença entre “testemunha ocular” e um “mero ouvir falar” (você alguma vez ouviu falar em “testemunha auricular” ou um “mero ver falar”?). As imagens são muito mais “reais” do que palavras impressas ou faladas. As histórias que contam ocultam quem as conta, “aquele (ou aquela) que poderia mentir” e, portanto, desinformar. Diferentemente dos intermediários humanos, as câmeras “não mentem”, “dizem a verdade” (ou pelo menos é o que fomos treinados a acreditar). Graças à imagem, cada um de nós pode, como desejava Edmund Husserl (que, mais que qualquer outro filósofo, era consumido pelo desejo de encontrar uma forma livre de erro, a toda prova, pelo desejo de atingir “a verdade dos fatos”), retornar zurück zu den Sache selbst – “de volta às coisas mesmas”. Quando confrontados com uma imagem fotograficamente/eletronicamente obtida, nada parece erguer-se entre nós e a realidade; nada que possa capturar ou distrair nosso olhar. “Ver para crer” significa “eu vou crer quando vir”, mas também “no que eu vir, acreditarei”. E o que vemos são *pessoas tentando excluir outras pessoas para evitar serem excluídas*. (BAUMMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 29).

²⁹⁰ Distinção efetuada também na Constituição ao prever, no artigo 103, em incisos diferentes, a legitimidade da OAB (sozinha) e das demais entidades de classe.

²⁹¹ COUTURE, Eduardo. **Os Mandamentos do Advogado**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p.10.

que ele seja desleal contigo. Leal para com o juiz, que ignora os fatos e deve confiar no que tu lhe dizes; e que quanto ao direito, alguma outra vez, deve confiar no que tu lhe invocas.

Cabe lembrar que o artigo 44 da lei 8906/94 prevê que:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:
I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;
II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Verifica-se que a OAB tem o papel de não ser apenas um órgão disciplinador dos advogados, mas possui a relevante missão de defender a Constituição e os direitos humanos. O inciso II deve ser interpretado em conjunto com o inciso I do referido dispositivo. A OAB tem o dever de punir exemplarmente aqueles advogados que conspurcam o exercício da profissão.

O princípio constitucional da ampla defesa, no aspecto relacionado com a defesa técnica, exige que essa defesa seja efetiva²⁹² e, para tanto, faz-se mister plenas condições de prepará-la.

Não há dúvida de que, no exercício da ampla defesa, as prerrogativas do advogado, mais do que suas, são prerrogativas do próprio réu que será defendido e também de toda a sociedade²⁹³ na busca de um processo justo em que se respeite o direito de defesa. Não se olvide da relação direta do sigilo profissional do advogado com o direito fundamental de liberdade²⁹⁴.

²⁹² Há muito tempo, a Súmula 523 do STF prevê que a ausência de defesa gera nulidade absoluta e que a defesa deficiente gera nulidade relativa no processo penal brasileiro.

²⁹³ Nesse diapasão, Celso de Mello afirma que “Não exageraria se dissesse – e o digo com absoluta convicção – que o respeito às prerrogativas profissionais do advogado constitui uma garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e garantias fundamentais” (*apud* TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. São Paulo: Atlas, 2010, p. XI).

²⁹⁴ Inocência Coelho afirma que “o direito à preservação do sigilo profissional como especificação histórica do direito de liberdade – no particular aspecto das relações entre o advogado e o seu cliente e da garantia constitucional da ampla defesa –, posto a salvo, em qualquer das suas dimensões, contra toda regulação que, em concreto, possa afetar aquele núcleo essencial.” (COELHO, Inocência Mártires. O sigilo profissional nos crimes de lavagem de dinheiro: tópicos para uma discussão no marco do estado de direito. In: **Notícia do Direito Brasileiro**, n. 8. Brasília: UNB, 2001, p. 242).

Infelizmente, como em qualquer profissão, existem aqueles que não dignificam o exercício profissional, razão pela qual não pode existir uma imunidade absoluta para nenhuma categoria.

Isso não é um problema exclusivo do Brasil. Ziegler²⁹⁵ cita uma situação concreta em relação ao exercício da advocacia ao narrar que:

Darei apenas um exemplo: o redator econômico da revista *Facts*, de Zurique, testou as convicções morais, a ética profissional de dez dos mais respeitados escritórios de advocacia da cidade. Escolheu seus interlocutores ao acaso no *Who's Who* internacional dos advogados de negócios, publicado anualmente pela editora *Martindale-Hubbel*, de Nova York. Instalado no quarto 309 de um palácio à beira do lago de Zurique, o Hotel Éden-au-Lac, o jornalista faz-se passar por um certo Alexei Scholomicki, empresário tcheco, representante da empresa Trading and Consulting de Praga. Começa então a fazer contato sucessivamente com os dez escritórios, sempre pedindo um encontro urgente, para o mesmo dia. E conta a seguinte história a seus interlocutores: trata-se da venda de ósmio (material altamente tóxico) por uma empresa de Tcheliabinsk (Rússia) para uma empresa tcheca de Ostrava, sem que as autoridades russas tomem conhecimento, pois a comercialização de ósmio é proibida na Rússia. Nove dos dez escritórios imediatamente recebem o falso traficante tcheco. Ninguém se dá ao trabalho de verificar realmente seus documentos. O traficante tampouco dispõe de um certificado de origem do ósmio; os advogados devem deduzir, portanto, que se trata de material roubado. O traficante pede a ajuda dos advogados para a primeira fase da transação: um quilo de ósmio deve ser transferido imediatamente ao preço de 5,1 milhões de dólares, pagos à vista. Não seja por isso! Os eminentes advogados de Zurique estão dispostos a tudo. E sabem como agir: a maioria propõe a criação de uma empresa *off shore* nas Ilhas Cayman, método infalível para lavar dinheiro e apagar os vestígios da transação. Um dos advogados consultados preferiria o Liechtenstein. Um outro sugere uma solução ainda mais simples: os valores transitarão na conta bancária do próprio escritório de advocacia. O sujeito mostra-se loquaz: se o cliente tivesse plutônio para vender, ele proporia Dubai, onde dispõe de contatos discretos e eficientes. Um terceiro não confia nas Ilhas Cayman: para o tráfico de ósmio recomenda o Panamá. Todos os escritórios contatados cobram as tarifas habituais: entre 350 e 500 francos suíços por hora de consulta. O jornalista e falsos traficantes tchecos concluem que para eles se trata de um negócio como outro qualquer, do tipo que seus escritórios costumam absorver regularmente. Um deles pede um adiantamento de 10.000 dólares, o segundo quer receber uma soma correspondente a 1% dos valores transferidos, o terceiro, enfim, exige uma apólice de risco de 50.000 dólares.

Esse exemplo demonstra que é possível ocorrer a prática de crimes durante o exercício da atividade de advogado. É fundamental diferenciar essas hipóteses. É

²⁹⁵ ZIEGLER, Jean. **Os senhores do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 48.

óbvio ululante que o exercício da advocacia criminal em nada significa praticar crimes ou ter autorização de fazê-lo²⁹⁶.

Infelizmente isso não significa que, em alguns casos concretos, advogados cruzam a fronteira entre o lícito e o ilícito e a pretexto de advogar praticam crimes.

A própria lei 8906/94 prevê que²⁹⁷:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

[...]§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

A legislação infraconstitucional é precisa ao excluir da inviolabilidade o advogado suspeito da prática de crimes. Acontece que a questão não é tão simples.

Há situações em que, no meio da conversa relacionada com ampla defesa, o advogado acaba enviando e trazendo mensagens, por exemplo, de outros membros de uma organização criminosa.

Seria caso de cinema, mas, infelizmente, é real o fato de um advogado, em conversa com seu cliente dentro do presídio federal de Catanduva²⁹⁸, acreditando que a conversa estava sendo apenas gravada, levantar um cartaz para o líder de organização criminosa preso com informações sobre o funcionamento do grupo

²⁹⁶ Delmanto destaca que: “O advogado, por seu cliente, vai até a porta do cemitério, jamais nela adentra.” (DELMANTO JUNIOR, Roberto. **A lealdade na busca de provas no processo penal na renovação processual penal após a constituição de 1988**. POLASTRI, Marcellus Lima; SANTIAGO, Nestor (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 265.)

²⁹⁷ O artigo 179, item 2, do CPP de Portugal prevê: “É proibida, sob pena de nulidade, a apreensão e qualquer outra forma de controlo da correspondência entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que aquela constitui objecto ou elemento de um crime”.

²⁹⁸ Em virtude de o processo estar em segredo de justiça e por razões de política do judiciário, não será indicado o nome das partes nem o número do processo.

criminoso. Para seu azar, como as captações incluíam imagens, o cartaz foi imediatamente confiscado e a conversa interrompida.

Ninguém duvida de que esse comportamento não está abarcado pela imunidade profissional.

É preciso distinguir, nesse momento, o conteúdo da gravação que prova o crime do advogado, que pode e deve então ser utilizado no processo, do conteúdo da gravação relativo a conversa relacionada com o exercício da ampla defesa.

O conteúdo da conversa exclusivamente relacionado com a ampla defesa não pode ser utilizado no processo, devendo ser destruído, à semelhança do que acontece com o conteúdo das interceptações telefônicas que não interessam ao deslinde do feito.

A regra é a imunidade do advogado no exercício profissional, a exceção é quando o advogado pratica crimes e a imunidade não pode ter seu sentido desviado para alcançar hipóteses criminosas.

É importante frisar que a medida atende aos critérios de adequação (tem idoneidade para a obtenção da prova), necessidade (só pode ser utilizada se não existirem outros meios de prova; cabe aqui lembrar, ainda, que a medida não será a regra, mas sim uma exceção para casos extremos) e proporcionalidade em sentido estrito (na medida em que as vantagens não apenas para a sociedade, mas até para o próprio advogado que não ficará à merce de potencial poder intimidatório do cliente superam as desvantagens).

O risco ineliminável de o magistrado não revelar a real fundamentação de sua decisão e utilizar a estratégia da ampla defesa gravada como razão oculta de decidir é o mesmo existente quando o juiz retira do processo uma prova ilícita. A teoria da descontaminação do julgado não é aplicada no Brasil.

Cabe, por fim, discutir a possibilidade de, em presídios, todas as conversas de advogados com clientes serem filmadas.

À primeira vista, parece ser essa gravação generalizada uma medida radical e desnecessária, uma vez que a maioria não participa de crimes e nem leva mensagens de outros membros de facções criminosas e é cabível presumir que a conversa de preso e advogado tenha relação direta com o direito de defesa.

Para a solução do problema, devemos lembrar que, quando alguém é preso, não apenas a sua liberdade é cerceada, mas também outros direitos fundamentais são atingidos com a prisão, especialmente o direito à intimidade. O preso tem seu contato com o mundo exterior controlado pelo Estado.

A questão deve ser posta com transparência, avisando o preso e o advogado de que aquela conversa será gravada. Isso protege o próprio advogado, uma vez que há relatos que profissionais foram coagidos a levar mensagens para detentos.

Sabendo o advogado que as conversas estão sendo gravadas e proibida a utilização dessas conversas no processo penal relacionado com o direito de defesa do preso, não há nenhum motivo para impedir as filmagens.

Efetivamente, o sigilo profissional das conversas do preso com o advogado é exclusivamente voltado para a defesa em um processo específico contra aquele preso, e se a conversa gravada não puder ser utilizada nesse processo não haverá por parte do Estado qualquer violação à ampla defesa.²⁹⁹

4.5 A INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL E O DIREITO DE NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS CONTRA SI MESMO. A GRAVAÇÃO DE CONVERSAS INFORMAIS COM PRESO É UM INTERROGATÓRIO CLANDESTINO OU TÉCNICA DE DOCUMENTAÇÃO?

²⁹⁹ Aqui cabe a discussão de como impedir que essa prova informalmente seja comunicada ao juiz. Há dois ângulos para a questão: o primeiro é que o fato de o juiz ter contato com a prova ilícita não o torna suspeito para o processo, uma vez que o Brasil não adotou a teoria da descontaminação do julgado; e o segundo aspecto seria a possibilidade de essas conversas de preso e advogado serem controladas pela própria OAB e não pelo Estado.

É certo que a nossa Constituição prevê a necessidade de o preso ser informado do seu direito ao silêncio. Não há dúvidas de que, durante o interrogatório formal do réu, o não aviso do direito ao silêncio torna nula a confissão.

É importante frisar que não existe qualquer violação ao direito de não produção de provas contra si mesmo no fato de gravar uma conversa com um suspeito da prática de crime. Em nenhum lugar do mundo há a proibição de que o réu produza prova contra si mesmo, senão seriam incabíveis a confissão ou a utilização das digitais deixadas na arma para que haja a identificação do autor do disparo.

O que se fala como direito de não produção de provas contra si mesmo³⁰⁰ é a proibição de o Estado coagir o investigado a produzir prova contra si, como, por exemplo, a determinação para que o investigado forneça a senha de seu computador. É óbvio que não há coação nas gravações de conversas informais.

De qualquer modo, o debate surge quando essa confissão é realizada fora dos autos, dentro de uma conversa com policiais ou com particulares sobre o fato criminoso. A gravação dessas conversas informais viola os direitos fundamentais³⁰¹?

³⁰⁰ “Mais do que a adaptação de velhas doutrinas a novas funções, a história do direito contra a auto-incriminação aparenta revelar a tirania dos slogans. Frases curtas ganharam vida própria. Essas frases eclipsaram os objetivos da doutrina que elas pretendiam descrever e mesmo os textos que abrangiam tais doutrinas. As frases e imagens que elas evocam – como as frases soam – formaram a lei. Máximas latinas declarando que 'ninguém deve ser compelido a trair a si mesmo' soaram como a declaração de que 'ninguém, em casos criminais, deve ser compelido a testemunhar contra si mesmo'. A última declaração foi resumida como 'o direito contra a auto-incriminação' (uma descrição que não foi usada em geral antes do século vinte e que omite todas as referências ao conceito constitucional de compulsão). O 'privilegio contra a auto-incriminação', por sua vez, soou como o 'direito de permanecer em silêncio'. Muito da história desse direito tem sido a estória do deslize de uma doutrina para a outra sem que fosse percebida a mudança” (MORO, Sergio. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, n. 853, nov. 2006, p. 429).

³⁰¹ Roxin lembra caso curioso sobre o tema: “Poco después, la Sala Penal, 5ª del Tribunal Supremo Federal tuvo que decidir un caso de interrogatorio por ardid bastante extraño. Una mujer que cumplía una pena privativa de libertad de varios años se presentó frente a sus compañeras de prisión como “adivina” y afirmó que por medio de “fuerzas sobrenaturales” podía influir sobre la Policía, la Fiscalía y los jueces para que los afectados recibieran una sentencia más benigna o fueran absueltos. Condición para ello era que le dieran – a la adivina – una exposición por escrito del verdadero desarrollo de los hechos imputados. A las mujeres que estaban indecisas las amenazó con la “venganza de los poderes superiores” y, además, intentó influenciarlas para que relataran sus hechos, entregándoles drogas que provocan la alteración de la personalidad. Las confesiones escritas se las entregó luego a la Policía criminal, con la que ya colaboraba desde hacía tiempo, pues esperaba ventajas de ello. El tribunal estadual había utilizado las confesiones obtenidas de esa manera para declarar culpables a las mujeres imputadas y ello con el fundamento de la admisibilidad, reconocida por la Gran Sala, del interrogatorio por ardid. La Sala 5ª, que originariamente había

A posição majoritária na doutrina³⁰² entende que essas conversas informais são, na verdade, interrogatórios clandestinos, e, portanto, essa prova não pode ser utilizada. Nesse diapasão, Manuel da Costa Andrade³⁰³ defende que:

Como MÜSSIG assinala, as formas de investigação oculta figuram aqui como ‘medidas sucedâneas’ (*Ersatzvornahme*) em relação a procedimentos de obtenção de prova que no processo não se podem impor coercitivamente. Entre as duas formas de obtenção de conhecimentos há uma ‘equivalência funcional’, que ‘exige uma valoração normativa paralela. A ocultação de uma situação de interrogatório deve parificar-se normativamente ao não esclarecimento numa situação de interrogatório formal. Terá, pelo menos de ser assim nas constelações fácticas em que, em bom rigor, deva imputar-se ao Estado a acção dos agentes encobertos. Quando, na pertinente formulação de ROXIN, esteja em causa uma ‘auto-incriminação induzida pelo Estado através de erro’ (*‘Staatlich veranlasster Irrtumsbedingter Selbstbelastung’*). De outra forma, só por masoquismo irão as autoridades recorrer ao interrogatório formal, tão onerado de exigências garantísticas e tão aleatório no seu resultado, se, afinal, tiverem ali à mão, num espaço vazio de direito, a possibilidade de ‘obter informação através de conversas pretensamente privadas’ (*‘scheinbares Privatsprache’*), sem necessidade de esclarecimento, sem o risco de uma proibição de prova’ e com o mesmo ou melhor resultado, em princípio, garantido.

O STF entende pela invalidade da gravação de conversas informais com preso. A ementa do acórdão é a seguinte³⁰⁴:

considerado inadmisible por principio al interrogatorio por ardid, no siguió esa opinión y revoco la sentencia.” (ROXIN, Claus. **La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 70).

³⁰² Sofia Saraiva de Menezes defende que: “O direito ao silêncio poderá ser então invocado sempre que o arguido seja chamado para prestar declarações em interrogatório realizado pelos órgãos de polícia criminal ou por autoridades judiciais e, ainda, em audiência de julgamento, perante o juiz. Ressalve-se, em nosso entender, o bom entendimento da jurisprudência, ao proteger o silêncio do arguido mediante a proibição de valoração das denominadas ‘conversas informais’, entre o arguido e os agentes policiais, realizadas na fase do inquérito e à margem das garantias e formalidades que a lei impõe, e que poderiam frustrar ilegitimamente o seu direito ao silêncio, através da ‘confissão por ouvir dizer’, relatada pela testemunha. Ainda garantística do direito ao silêncio do arguido é também a nova disposição do n.º 4 do art. 345 do CPP que proíbe a utilização, como meio de prova, das declarações de um co-arguido em prejuízo de outro nos casos em que aquele se recusar a responder às perguntas que lhe forem feitas pelo juiz ou jurados ou pelo presidente do tribunal a instâncias do Ministério Público, do advogado do assistente ou do defensor ocioso” (MENEZES, Sofia Saraiva. O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico Lacerda (Coord.) **Prova criminal e direito de defesa**: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra: Almedina, 2011, p. 126).

³⁰³ ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação: Plädoyer para uma teoria geral. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal constituição e crítica**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 545.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 80.949. Rel. Sepúlveda Pertence, 1.ª T. Brasília, julg. 30/10/2001, DJ 14/12/2001, p. 26.

"Habeas corpus - Cabimento - Prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento, sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. 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' subreptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (CPP (LGL\1941\8), art. 6.º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a autoincriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 CPP (LGL\1941\8) - 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".

Nesse tema, é preciso fazer uma distinção fundamental e negligenciada pelo acórdão do STF.

Não parece razoável utilizar essa filmagem como uma confissão, até porque a confissão é retratável e deve sempre prevalecer a última manifestação de vontade do réu. Ademais, no Brasil, o réu não precisa motivar a sua retratação da confissão.

Não admitir essa prova como confissão é diferente de simplesmente ignorá-la. O policial ou o particular que presenciou essa confissão pode depor sobre o que ouviu? Não há expressa em nosso ordenamento qualquer regra que proíba esse testemunho. Frise-se que não pode ter existido qualquer ameaça ou violência ao réu para que ele conversasse sobre o fato³⁰⁵.

³⁰⁵ A filmagem servirá inclusive para verificar se houve algum induzimento ou intimidação do réu. Munoz Conde, crítica de modo infundado, importante decisão espanhola que afirmava: "En una sentencia del Tribunal Supremo del 1º de marzo de 1996 (ponente: Martín Pallín), en la que se trataba de la validez de la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizadas por una de ellas sin advertírsela a las demás, se parte ciertamente, aunque, en mi opinión, de forma criticable, de que dicha grabación: 'No ataca a la intimidad, ni al derecho al secreto de las

Ora, se era possível o testemunho sobre as palavras do réu, a filmagem apenas documenta essa conversa. O valor não é de confissão do réu, mas de prova testemunhal de quem efetuou a gravação da conversa.

Existe alguma diferença ontológica entre a testemunha afirmar que viu o suspeito praticar o delito e relatar que ouviu o suspeito confessar o delito? Em ambas as hipóteses a testemunha revela o que seus sentidos perceberam.

É obvio que o valor probatório da gravação de uma conversa em que o suspeito assume o crime é muito menor do que aquela filmagem que capta o flagrante do crime. O suspeito pode por inúmeros motivos ter mentindo quando assumiu a prática do crime na conversa, mas, apesar dessa possibilidade, esse meio de prova é importante.

Cabe destacar que não há uma contradição de nossa parte quando defendemos que a defesa não está autorizada a produzir fraudes e admitir fraudes a favor da condenação. De fato, a palavra fraude não é apropriada para descrever a gravação de conversas informais.

O suspeito que respondesse a eventual questionamento de modo voluntário, poderia ter-se recusado a fazê-lo e mudado o tema da conversa. Não se trata de um interrogatório, mas de uma conversa, logo não tem necessidade de observar a forma de interrogatório.

Quando a conversa for entabulada com particular fica mais evidente que não se trata de interrogatório, pois esse ato jamais pode ser praticado por particular, portanto a

comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto'. Tras esta afirmación, a mi juicio y por las razones ya dichas anteriormente, discutible, el Tribunal Supremo alega, como apoyo a lo que acaba de afirmar, que: 'El contenido de la conversación pudo llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recordaba fielmente lo conversado.' (CONDE, Francisco Munoz. **Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal**. Bueno Aires: Hammurabi, 2007, p. 105).

denominação é indevida e não se aplicam os direitos existentes no ato formal de ouvir o réu em juízo.

Cabe frisar, ainda, que a testemunha tem o dever de depor sobre os fatos³⁰⁶ por ela conhecidos. Esse *munus* público, que é extremamente gravoso para a testemunha,³⁰⁷ pode ser considerado um dever fundamental, razão pela qual tem o particular ou o funcionário público a possibilidade de gravar aquilo que ouviu ou presenciou, até como forma de se proteger.

De outro lado, justifica-se tratar de modo diferenciado as hipóteses em que o agente estatal efetua a pergunta incriminadora da situação em que ele apenas ouve uma manifestação espontânea do suspeito?

Flavio Cardoso³⁰⁸, falando sobre conversas de um agente infiltrado com o investigado, defende que sim, afirmando que:

Deberá ser tratada la cuestión, partiéndose de dos situaciones distintas: cuando el agente encubierto formula directamente preguntas al investigado tendientes a obtener datos autoincriminantes, y cuando el agente encubierto simplemente escucha lo que el investigado le cuenta sin que antes le haya formulado una pregunta autoincriminante.

En la primera situación, como acertadamente señala RAMÍREZ JARAMILLO, si el agente encubierto, buscando la confesión del investigado, a través de preguntas le sacara respuestas autoincriminantes, el derecho a la no autoincriminación sería vulnerado en su más alto grado, pues no sólo habría omitido informarle todas las advertencias antes de recibirle tales manifestaciones, sino que como funcionario de la policía judicial encargado en la investigación, habría asumido un papel activo con la finalidad de obtener información autoincriminatoria del investigado; es decir, al preguntarle ejerce cierta forma de presión sobre la voluntad del investigado, lo que se torna incompatible con el derecho a no declarar. Estaríamos delante de una hipótesis clara e incontestable de provocación del delito por parte del agente encubierto, a la vez que el investigado ha sido forzado (en razón del engaño empleado) a declarar contra su propia defensa. De otra parte, si el infiltrado tan solo escucha las confesiones del investigado sobre

³⁰⁶ Pacelli vai destacar que: “De outro lado, há interessantes julgados da Suprema Corte, reconhecendo a validade de uma gravação de conversa mantida entre agentes policiais e um preso, na qual esta atribuída a responsabilidade pela prática de certo crime a determinada pessoa. As gravações foram admitidas ao fundamento de que o preso, por ter ciência da prática de um crime, teria o *dever* de depor sobre ele. Assim, não poderia alegar *direito à intimidade* (STF – HC n.º 69.818, *JSTF* 224/345, *JSTF* n.º 174/352; HC n.º 69.204-4/SP, *DJU* 4.9.1992).” (PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 350).

³⁰⁷ A Lei 9.807/99 cria o programa de proteção à testemunha, mas apenas essas medidas não vêm sendo eficazes na proteção real das testemunhas existentes em nosso país.

³⁰⁸ PEREIRA, Flavio Cardoso. **El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 678.

eventuales delitos practicados, nos parece que estaríamos delante de simples declaraciones espontáneas prestadas por él mismo. No se trataría entonces de una violación al principio de la no autoincriminación.

O fato de o agente estatal ter formulado a pergunta não nos parece que seja o ponto nevrálgico para a nulidade da conversa. O critério a ser utilizado é outro. A resposta foi voluntária, não houve coação. A espontaneidade não deverá ser auferida pelo fato de quem primeiro tocou no assunto na conversa, mas sim se a manifestação do suspeito foi livre e consciente³⁰⁹.

Por fim, cabe destacar que a jurisprudência do STF e do STJ é pacífica³¹⁰ em admitir a gravação quando o particular estiver na condição de vítima de um crime.

4.6 A VALIDADE DAS FILMAGENS QUE COMPROVAM A EXISTÊNCIA DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE.

“Afeganistão (1979- 1989) 1,5 milhões; Angola (1975- 1994) 1,5 milhões; Argentina (1976- 1983) 25 mil; Bangladesh (1971- 1973) 1,5 milhões; Burundi (1972)

³⁰⁹ Gilmar Mendes lembra que “O mero fato de uma pessoa ser investigada não agride sua dignidade, mas apenas caso o procedimento adotado despreze sua individualidade, isto é, na hipótese de a conduta do Poder Público não prestar a devida consideração ao fato de que cada indivíduo é único, em sua essência (‘Das ist der Fall, wenn die Behandlung durch die öffentliche Gewalt die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt’).” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 535.

³¹⁰ A título de exemplo dessa posição: “CRIME DE **CORRUPÇÃO** PASSIVA PRATICADO POR VEREADORES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO-OCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADA. PROVA. GRAVAÇÃO POR VÍDEO DE QUE TINHA CONHECIMENTO UM DOS PARTICIPANTES. ILICITUDE NÃO EVIDENCIADA. 1. Hipótese em que os Recorrentes, Vereadores municipais, teriam recebido dinheiro do Prefeito para aprovar determinados projetos de lei. 2. A circunstância de a vantagem recebida ser indevida constitui-se em elemento normativo do tipo, sem o qual o fato não constitui o crime de corrupção passiva. 3. Os valores recebidos pelos Vereadores, para aprovarem projetos de lei de interesse do Prefeito, sejam provenientes dos cofres públicos ou de particulares, constituem vantagem indevida e, conseqüentemente, podem ensejar a prática do crime de **corrupção** passiva. 4. A denúncia demonstra, de forma clara e objetiva, os fatos supostamente criminosos, com todas as suas circunstâncias, bem como o possível envolvimento dos Recorrentes nos delitos em tese, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem como para o pleno exercício de suas defesas, não podendo, pois, ser reputada como inepta. 5. A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal. 6. Recurso desprovido. Data da Publicação: 11/02/2008” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 200600708191-19321. Relatora Laurita Vaz. Brasília, disponível em <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em 12 de maio de 2014).

250 mil; Cambodja (1975- 1988) 2 milhões; Chile (1973-1990) 30 mil; China (1945- 1975) 35 milhões; Coreia do Norte (1948- 1987) 1,6 milhões; El Salvador (1979- 1992) 70 mil; Etiópia (1961- 1991) 300 mil; Filipinas (1968-1986) 50 mil; Guatemala (1965- 1996) 60 mil; Indonésia (1965) 450 mil; Iraque (1980- 1996) 300 mil; Jugoslávia (1943- 1945) 500 mil, (1991- 1995) 250 mil; Líbano (1975- 1990) 150 mil; Libéria (1989- 1996) 150 mil; Moçambique (1978- 1992) 1 milhão; Nigéria (1960) 1 milhão; Peru (1980-1996) 50 mil; Ruanda (1994) 500 mil; Somália (1991- 1993) 400 mil; Uganda (1971- 1986) 600 mil; União Soviética (1917- 1989) 45 milhões; Vietname (1945- 1987) 3,7 milhões; Yémen (1962 – 1965) 100 mil.³¹¹

A tragédia da barbárie humana não tem fim. Ainda presenciamos em inúmeros locais do globo a prática de diversos crimes contra a humanidade.

A criação do Tribunal Penal Internacional foi um avanço para evitar o paradoxo, por exemplo, do Tribunal de Nuremberg que, para julgar crimes contra a humanidade, violou o direito humano de um juiz natural, uma vez que foi criado *ex post facto*.

O Brasil é signatário do Estatuto de Roma, inclusive a emenda constitucional nº 45 insere no artigo 5º da Constituição que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

O Decreto Presidencial nº 4388/02 promulgou o Estatuto de Roma e há, agora, previsão no direito brasileiro dos crimes contra a humanidade³¹².

³¹¹ São estes os números estimados de pessoas mortas em conflitos vários (internacionais ou internos), ou no contexto de regimes políticos totalitários, ao longo da segunda metade do século passado, que ilustram a perenidade da barbárie humana, e cuja magnitude parece ter paradoxalmente relegado os acontecimentos que lhes estiveram na base para meras notas de rodapé da história; memórias longínquas, todavia incômodas, que, a contragosto, fazemos revivescer (ALMEIDA, Francisco Antonio de M.L.Ferreira. **Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 13).

³¹² Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos

Tratando-se de crimes tão graves há, no artigo 69 do Estatuto, a seguinte previsão³¹³:

4. O Tribunal poderá decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova, tendo em conta, entre outras coisas, o seu valor probatório e qualquer prejuízo que possa acarretar para a realização de um julgamento equitativo ou para a avaliação equitativa dos depoimentos de uma testemunha, em conformidade com o Regulamento Processual.

Essa regra internacional é muito interessante, pois demonstra a necessidade de se discutir a validade de uma prova à luz do caso concreto, sem criar o fetiche de que algumas provas são antecipadamente inválidas, além de se preocupar com a justiça do julgamento.

Nessa alínea, cabe pontuar que esse é um *topos* importante ao longo da presente tese: a busca do julgamento justo não pode ser abandonada pela impossibilidade humana de fazer justiça.

As filmagens são, nesse contexto, um excelente exemplo, uma vez que apenas documentam algo que existiria independente das câmeras e são um importante meio de prova no combate a crimes contra a humanidade e, nesse tema, devemos excepcionar o que foi defendido no item 4.3.

Efetivamente, as filmagens de crimes contra a humanidade devem ser divulgadas na imprensa, para que todos se envergonhem e não se esqueçam dos fatos e da barbaridade que nossa humanidade é capaz de produzir³¹⁴.

de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental. 2. Para efeitos do parágrafo 1º: a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

³¹³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em 10 de abril de 2014.

³¹⁴ Anitua destaca que: "Não há metáforas para referir-se aos campos de concentração. Contudo, falar de algo indizível é totalmente contraproducente, pois justamente sobre isso que se tem que falar, que ver." (ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 843).

A configuração de um fato como crime contra a humanidade deve ser considerado como um critério hermenêutico diferenciado a exigir do legislador e do julgador uma postura que busque facilitar a colheita de provas. Nesse diapasão as filmagens devem ser aceitas quando evidenciam a prática desses crimes.

4.7 AS FILMAGENS QUE COMPROVAM A EXISTÊNCIA DE CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DA RELATIVIDADE DA INTIMIDADE DO AGENTE PÚBLICO E DO INTERESSE PÚBLICO A JUSTIFICAR A VALIDADE DE QUALQUER FILMAGEM.

Cabe pontuar que a proteção do patrimônio público e os deveres dos agentes públicos com a probidade administrativa, bem como a gravidade dos crimes contra a Administração Pública justificam a utilização das filmagens como meio de prova, quando funcionário público pratica um desses crimes.

A publicidade e a transparência são vetores fundamentais da Administração Pública e não podem ser descoladas também do agente, que passa a ter o ônus de apresentar o próprio estado.

A jurisprudência brasileira vem corroborando esse entendimento³¹⁵, sendo razoável a fixação desse paradigma, a saber: as filmagens de crimes contra a Administração Pública devem ser aceitas como prova legítima.

³¹⁵ Pode-se citar a título de exemplo a seguinte ementa: “EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE CONCUSSÃO. **GRAVAÇÃO** AMBIENTAL REALIZADA POR JORNALISTA, EM VIA PÚBLICA. ILICITUDE DA PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA TAMBÉM EM OUTRAS PROVAS. 1. A inviolabilidade jurídica da intimidade constitui um direito assegurado constitucionalmente, sendo, portanto, ilícitas as provas colhidas mediante a inobservância desse direito. 2. Na hipótese dos autos, contudo, em que a conduta criminosa dos acusados, então ocupantes de cargos públicos – de exigirem vantagem indevida de um indivíduo, para não lhe forjarem um flagrante de tráfico de drogas –, era realizada em via pública, não há sigilo a ser preservado, sendo incabível, portanto, falar-se em tutela da intimidade e, conseqüentemente, em ilicitude da prova obtida. Precedente desta Corte. 3. Conforme destacou o Ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto no julgamento do habeas corpus n.º 87.341-3/PR, “[...] não há nenhuma ilicitude na documentação cinematográfica da prática de um crime, a salvo, é claro, se o agente se encontra numa situação de intimidade. Obviamente não é o caso de uma **corrupção** passiva praticada em repartição pública.” (STF, HC 87.341/PR, 1.ª Turma, Rel Min. EROS GRAU, DJ de 03/03/2006.) 4. Ademais, conforme ressaltou a Corte de origem, a condenação do ora Paciente não se amparou apenas nas **gravações** ambientais impugnadas, sustentando-se também

O funcionário público deve dar o exemplo para toda a sociedade, sendo razoável a restrição de sua intimidade. Ninguém é obrigado a ocupar um cargo público, mas ao fazê-lo precisa estar consciente de que renunciou a parte de sua intimidade.

Não se está falando que há uma renúncia total e que o funcionário público não tenha direito à intimidade, todavia, o âmbito de abrangência é naturalmente menor que do particular.

Esse ônus é uma decorrência da função pública e deve ser interpretado com equilíbrio. Vamos utilizar o exemplo da corrupção.

A corrupção é um mal que assola a humanidade desde muito tempo³¹⁶, ganhando pela ganância e compulsão excessiva ao consumo de outros um ar dramático em nosso país.

Efetivamente, é imprescindível munir a sociedade de mecanismos de comprovação desse crime. Se as filmagens são válidas de um modo geral para qualquer crime, nesse tema a aceitação dessa prova é fundamental.

Não se deve confundir aqui o momento de consumação do crime com o seu exaurimento. Deveras, no Código Penal Brasileiro a simples solicitação de vantagem econômica por parte do funcionário público em razão das funções já provoca a consumação do crime de corrupção passiva.

na prova testemunhal produzida. 5. Ordem denegada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatora Laurita Vaz, 5.^a Turma. Brasília, pub. DJE 17/12/2010).

³¹⁶ Edmundo Oliveira lembra que: “Menino, trate de mamar enquanto a vaca dá leite. Conselho de Bento Maria Targini, Visconde de São Lourenço, Tesoureiro-Mor de D. João VI. Não se passa uma semana sem que se tome conhecimento pela imprensa de um escândalo de corrupção. Na Itália ela é conhecida como *bustarela*, os alemães a chamam de *trink geld*, os russos de *vzyatha*, os franceses de *graisser la patte*, os egípcios de *baksheesh*, os americanos e ingleses de *payoff*, os indianos de *speed money*, os mexicanos de *mordida* e os espanhóis de por *debajo de la cuerda*. No Brasil, a criatividade tornou corriqueiras pitorescas expressões: *ponta*, *molhar a mão*, *jeitinho brasileiro*, *engraxada*, *leite da criança*, *acerto por fora*, *por debaixo dos panos*. No ano de 74 antes de Cristo, Statius Albinus Oppianicus teve a iniciativa de comprar dez jurados por 640 mil sestércios para não ser condenado no processo criminal em que era acusado de ter mandado envenenar seu enteado por interesses de herança. Esse é o registro mais antigo de prática de corrupção no mundo e a denúncia foi feita pelo célebre Cícero, que atuou no processo como Advogado de Acusação.” OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção**. Forense: Rio de Janeiro, 1994, p. 01.

Nessa hipótese, o recebimento da propina é mero exaurimento do crime. É comum haver a filmagem do pagamento e a efetuação da consequente prisão em flagrante. Cabe destacar, porém, que embora não seja hipótese de flagrante, a prova é plenamente válida, mesmo que produzida na residência do funcionário público, até porque não há que se falar em invasão de domicílio, uma vez que existe, por óbvio, autorização para a pessoa ingressar na residência do funcionário público.

Por fim, cabe lembrar que o Brasil é signatário da Convenção da ONU de combate à corrupção,³¹⁷ que prevê expressamente no seu artigo 50³¹⁸:

Técnicas especiais de investigação

1. A fim de combater eficazmente a corrupção, cada Estado Parte, na medida em que lhe permitam os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno e conforme as condições prescritas por sua legislação interna, adotará as medidas que sejam necessárias, dentro de suas possibilidades, para prever o adequado recurso, por suas autoridades competentes em seu território, à entrega vigiada e, quando considerar apropriado, a outras técnicas especiais de investigação como a vigilância eletrônica ou de outras índoles e as operações secretas, assim como para permitir a admissibilidade das provas derivadas dessas técnicas em seus tribunais.

Verifica-se, então, ser um critério diferenciado o fato de o investigado ter praticado um crime de corrupção, de modo a ser mais um argumento relevante para a validade da utilização das filmagens.

4.8 O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E A FILMAGEM. O RÉU AZARADO E A VALIDADE DAS PROVAS ENCONTRADAS ALEATORIAMENTE. O PROBLEMA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS EM ESCRITÓRIOS DE ADVOGADOS.

Esse tema será recorrente em todos os capítulos subsequentes e terá soluções diferentes também.

³¹⁷ No Brasil, a Convenção da ONU contra Corrupção foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

³¹⁸ Disponível em http://www.unodc.org/documents/lpobrazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em 03 de março de 2014.

No âmbito penal grassa controvérsia sobre a validade da prova encontrada fortuitamente.

O encontro fortuito de provas pode ocorrer tanto do ponto de vista subjetivo (sujeitos que não estavam sendo investigados), quanto do ponto de vista objetivo (fatos que não eram objeto de investigação).

O primeiro posicionamento pode ser resumido na ideia de que a produção de uma filmagem é uma restrição a direitos fundamentais e, como tal, deve ser interpretada restritivamente. Portanto, somente deverá ser aceita a prova do fato que efetivamente se estava procurando e em relação às pessoas que já estavam sendo objeto de investigação.

Essa posição estabelece que os direitos individuais devem sempre ser maximizados e que o Estado não deve fazer uma devassa na vida dos suspeitos, pois isso seria típico do direito penal do autor e não do fato.

A segunda corrente³¹⁹ adota um posicionamento intermediário, defendendo que, se a prova encontrada fortuitamente tiver relação com a prova que estava sendo procurada, ela pode ser aceita no processo. De outro modo, se a prova encontrada não tiver qualquer pertinência com a investigação, ela deverá ser considerada ilícita.

Se durante uma interceptação telefônica que busca comprovar a autoria de um crime de tráfico de drogas encontra-se a prova de um crime de homicídio de um usuário que não efetuou o pagamento da droga, essa prova seria válida, uma vez que tem conexão com a prova que estava sendo procurada.

De modo diverso, se a prova for de um homicídio motivado por uma briga de vizinho, essa prova não poderia ser utilizada.

³¹⁹ Manuel da Costa Andrade aponta que “Estava lançado o princípio da proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos que não estejam em conexão com um crime do catálogo. Que viria a converter-se num dos tópicos mais pacíficos entre os tribunais e os autores e, nessa medida, numa exigência mínima do regime processual penal dos conhecimentos fortuitos” (ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 308).

Já a terceira posição entende que a prova encontrada fortuitamente é válida, seja por não haver regra que proíba o encontro fortuito de provas, seja em virtude do Estado não poder desconsiderar o material encontrado. De fato, o que se pode falar é apenas que o réu é azarado, mas não em qualquer ilegalidade no encontro da prova³²⁰.

Se o Estado não praticou nenhum ato ilícito na busca daquela prova, não haveria fundamento para descartá-la simplesmente pela obtenção sem busca. Não há direito fundamental de não ser investigado,³²¹ nem de impedir que o Estado utilize provas colhidas ao acaso.

Há uma exceção importante que deve ser lembrada em nosso Direito, que é o encontro fortuito em escritório de advogados. Deveras, os §§ 6º e 7º do artigo 7º da lei nº 8.906/94 proíbem a utilização das provas encontradas fortuitamente no escritório de advogado.

É justificável essa proibição em virtude da ampla defesa presente no caso, bem como em razão do sigilo profissional³²², ressaltando que ela não atinge o advogado investigado nem os demais investigados na decisão que autorizou a busca em escritório de advogado.

³²⁰ Recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu que: “O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo bancário e fiscal determinada para apuração de outros crimes não impede, por si só, que os dados colhidos sejam utilizados para a averiguação da suposta prática daquele delito. Com efeito, pode ocorrer o que se chama de fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Precedentes citados: HC 187.189-SP, Sexta Turma, DJe 23/8/2013; e RHC 28.794-RJ, Quinta Turma, DJe 13/12/2012.” (BRASIL. Habeas Corpus 282.096-SP. Rel. Sebastião Reis Júnior. Brasília, julgado em 24/4/2014).

³²¹ Gilmar Mendes lembra que: “O mero fato de uma pessoa ser investigada não agride sua dignidade, mas apenas caso o procedimento adotado desrespeite sua individualidade, isto é, na hipótese de a conduta do Poder Público não prestar a devida consideração ao fato de que cada indivíduo é único, em sua essência (‘Das ist der Fall, wenn die Behandlung durch die öffentliche Gewalt die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt’)” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 535).

³²² Surge o questionamento, então, de que, também nas buscas efetuadas em consultórios médicos ou psiquiátricos, deveria ser vedada a prova encontrada fortuitamente.

4.9 DA NÃO EXISTÊNCIA DO DIREITO À PALAVRA COMO OBSTÁCULO ÀS GRAVAÇÕES AMBIENTAIS.

É interessante destacar que alguns autores apontam a existência de um direito à palavra, caracterizado, essencialmente, pela transitoriedade e fugacidade da palavra verbalizada,³²³ o que fundamentaria a inconstitucionalidade da captação de conversas.

Manuel da Costa Andrade³²⁴ aponta que:

O direito à palavra integra, desde logo, a competência que assiste a cada um de ser ele próprio e em exclusivo a decidir se a sua palavra pode ser registrada num gravador, dessa forma abrindo a porta à possível audição de terceiros, em que a voz e a palavra se separam do participante na comunicação e se autonomizam numa realidade (Gestalt) disponível para terceiros. A coisificação da palavra bem como a manipulação da palavra coisificada (respectivamente, a gravação e a audição arbitrárias) configuram seguramente uma primeira e paradigmática violação do direito a palavra. O que se protege deste lado, é assim, a confiança na volatilidade da palavra, bem como, na conexão das palavras entre si e com a respectiva atmosfera (lugar, tempo e demais circunstâncias da expressão). Nesta perspectiva pode representar-se o direito à palavra como o direito à transitoriedade da palavra: a pretensão e convicção de que a palavra seja, por princípio, apenas ouvida no momento e no contexto em que é proferida.

O grande problema é que apenas as palavras não ditas pertencem ao ser humano. Ao verbalizar para outrem aquela palavra deixa de pertencer a quem falou. Efetivamente, essa ideia de transitoriedade é apenas um sonho, o receptor da palavra pode reproduzi-la e lembrar ao emitente o equívoco de ter expressado aquela ideia.

³²³ Rita Neves lembra que: “na verdade, a palavra falada – que, reconheça-se, pouco pensada é – ao mínimo deslize, sobreposição ou descontextualização, pode comprometer irremediavelmente o sentido da mensagem que através dela se projecta, atirando o argüido para as malhas de uma suspeição que lhe não é devida” (NEVES, Rita Castanheira. **As ingerências nas comunicações eletrônicas em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora. 2011, p. 48). E Nuno Lombrales “Contudo, tem sido entendido que o direito à palavra será em tudo análogo ao direito à imagem, sendo-lhe assim aplicável o disposto no art. 79 do CC. Conclui-se por isso que, tal como o direito à imagem, o direito à palavra consiste na protecção constitucional do direito da pessoa a não ver gravada e difundida a sua voz, à revelia da sua vontade. Existe ainda um outro aspecto a tutelar: o contexto em que as declarações foram proferidas, e a confiança na ‘volatilidade’ ou ‘transitoriedade’ da palavra.” (LONBRALES, Nuno. Direitos fundamentais: o direito à palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual no processo penal. **Revista do MPRS**, n. 67, set-dez 2010, p. 211).

³²⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 94, jan-fev 2012. São Paulo: RT, p. 160.

Se há algo que envergonha é a palavra (mal) dita e não a gravação, que apenas documenta o discurso. Deveras, a palavra oral é naturalmente mais propensa a equívocos, por sua fugacidade, mas a efemeridade não lhe concede o direito a um tratamento diferente da palavra escrita.

Uma injúria oral é menos grave do que uma escrita? A volatilidade da palavra oral não atenua ou modifica eventual crime cometido através da palavra. A palavra oral não é protegida por direitos autorais?

Efetivamente não se justifica a criação de uma figura autônoma do direito à palavra.

Por fim, somos todos responsáveis por nossas palavras. A liberdade de expressão é um direito fundamental importantíssimo, mas precisamos saber as consequências daquilo que falamos ou escrevemos.

Não se trata do controle de nossa alma³²⁵, mas sim daquilo que revelamos e, por termos revelado, não podemos mais ter a tranquilidade do silêncio e nem a propriedade das palavras.

Não se deve iludir com a pseudovolatilidade de palavras proferidas, uma vez que as palavras ditas de modo a incriminar quem as fala, continuarão ecoando para aqueles que as ouviu. Aqueles que são agredidos verbalmente compreendem claramente que essa volatilidade não existe como um direito do agressor.

³²⁵ Munoz Conde, com tintas dramáticas, afirma que: “Parece, pues, que también en el ámbito de la evolución de los medios de prueba procesalmente admisibles, y no sólo en el sistema del castigo, hemos pasado de la fase que caracterizaba Foucault como “control del cuerpo” (la tortura), a la fase de “control del alma” (la captación de la palabra, la imagen o el sonido, como elementos más característicos del núcleo estricto de la intimidad y, por lo tanto, de la parte espiritual de la personalidad). Probablemente ello no es más que, como el mismo Foucault enseña, el síntoma inevitable de la evolución de los sistemas sancionatorios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero hacia formas cada vez más sutiles y perfeccionadas de control social” (CONDE, Francisco Munoz. **Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal**. Bueno Aires: Hammurabi, 2007, p. 34).

4.10 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES AO LEGISLADOR. A POSSIBILIDADE DE GRAVAÇÕES AMBIENTAIS INDEPENDENTE DE PREVISÃO NA LEI.

“A ausência de disciplina na legislação específica e a evolução tecnológica ampliam a vulnerabilidade do indivíduo nesse contexto. O desafio está exatamente em encontrar um modo de regular esse tema de forma mais clara e específica, sem privar as autoridades policiais de fazer uso dessas tecnologias na investigação de determinados crimes.”³²⁶

Pode-se afirmar que é majoritário na doutrina³²⁷ o entendimento de que existe a necessidade de a lei detalhar as hipóteses de cabimento e forma de execução das gravações ambientais efetuadas por agente estatal.

No Brasil, a lei nº 12.850/13 prevê, no artigo 3º, inciso II, a possibilidade de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.

Não há na legislação brasileira qualquer outro detalhamento sobre exigências ou rol de crimes³²⁸ e, ao contrário da legislação anterior, não foi exigida a autorização judicial para a produção dessa prova.

A luta histórica da construção do princípio da legalidade não pode ser esquecida, todavia, no atual momento do constitucionalismo, há uma diminuição da importância da lei em detrimento da Constituição.

Efetivamente, nesse tema o legislador teria que ter uma cautela monstruosa para não pecar por ação ou omissão, sendo que, possivelmente, a legislação não passaria no teste de proporcionalidade ou de vedação de proteção insuficiente.

³²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 537.

³²⁷ Pode-se citar, por exemplo, CONDE, Francisco Munoz. **Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 47.

³²⁸ Gilmar Mendes, comentando a lei anterior de crime organizado, entende que: “No Brasil, fora a hipótese prevista na lei 9034/95, as interceptações ambientais são em princípio, proibidas por violarem o disposto no inciso x do art. 5º da constituição.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 536).

A falta de lei não pode ser um obstáculo para a realização e validade das filmagens. O legislador não tem liberdade plena de conformação do alcance dos direitos fundamentais³²⁹.

Isso não significa que os agentes do Estado podem, sem qualquer cautela, efetuar gravações ambientais. O respeito aos direitos fundamentais precisa ser observado.

No caso de gravações ambientais domiciliares, excluídas as produzidas em situação de flagrante, é necessário ordem judicial, em atenção ao artigo 5º, inciso XI da CF.

A verdade é que o legislador constituinte optou por deixar o judiciário com plasticidade para a obtenção dos meios de prova, lembrando sempre que a regra é a licitude, até porque o processo deve dar razão a quem de direito e essa parte deve necessariamente ter amplos poderes probatórios³³⁰.

Cabe frisar, ainda, que não se justifica a utilização subsidiária da lei de interceptação telefônica. É interessante, por outro lado, considerar como parâmetro para a definição dos crimes cuja apuração deve admitir a filmagem aqueles que podem, em tese, ter como consequência a pena de prisão.

Ora, se é cabível, em abstrato, a substituição por pena restritiva de direito, isso significa que o crime em si não tem um desvalor tão significativo a ponto de justificar

³²⁹ Nesse sentido, Nuno Lombrakes lembra que: “Em abstracto, a doutrina tem considerado como elementos chave para a determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais o elemento histórico da respectiva formação, o seu cotejo comparativo, a jurisprudência que sobre ele se tenha produzido, e o âmbito ou conteúdo da respectiva tutela penal, elementos que permitirão determinar, relativamente a cada direito, o seu ‘*sentido rigoroso na arquitectura da Constituição*’, já que é nesta e não na lei ordinária que vamos encontrar o conteúdo essencial de cada direito fundamental.” (LOMBRALES, Nuno. Direitos fundamentais. o direito à palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual no processo penal. **Revista do MPRS**, n. 67, set-dez 2010, p. 213).

³³⁰ Ratificando nosso entendimento sobre o tema da validade da prova de captação ambiental, Vicente Greco Filho afirma: “A captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos não depende de regulamentação especial. A sua legitimidade decorre do interesse público da investigação. Terá como limite apenas o sigilo profissional e a intimidade dos que não estiverem envolvidos nos crimes, resguardando-se, ainda, outras garantias constitucionais como a inviolabilidade do domicílio. Por captação ambiental entende-se a obtenção, sem autorização de quem emite o sinal, de natureza eletromagnética, óptica ou acústica do significado ou conteúdo desse sinal. A captação ambiental abrange, então a gravação de uma emissão clandestina de sinal de rádio, a possibilidade de localização dos chamados GPS, a utilização de câmeras de vigilância, fotografias e teleobjetiva por meios eletrônicos e até leitura labial por teleobjetiva. A tecnologia moderna ditará os meios disponíveis.” (GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa: lei 12850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35).

a intromissão na intimidade do investigado. A opção legislativa em cominar em abstrato uma pena máxima reduzida legitima uma restrição nos meios de prova.

É de se fixar, então, que o princípio da legalidade não pode ser utilizado para impedir a produção das filmagens, uma vez que o legislador não possui nesse tema discricionariedade total. Assim também, é viável extrair da Constituição, a partir da regra de que todos os meios de prova são válidos, que há necessidade de lei para limitar a produção de prova e não para autorizar a sua realização.

Não existe rol taxativo de meios de prova, nem direito adquirido, por parte do réu, a impedir que o Estado utilize nova técnicas de investigação. A evolução tecnológica deve ser utilizada no processo penal e o limite está nos direitos fundamentais.

As filmagens são indispensáveis no mundo real e não meramente acadêmico. Na prática, a comprovação de infrações graves é extremamente desgastante para os agentes estatais.

Efetivamente, criminosos não tem nenhum limite. Destrói provas, intimida, coage e assassina testemunhas, policiais, promotores e juízes. A realização da justiça em alguns crimes tem um custo elevado demais para as pessoas encarregadas da punição³³¹.

Limitar a prova é limitar a busca pela verdade. Deve-se ter em mente que em nossa sociedade de risco ou se admite uma leitura mais equilibrada dos poderes do Estado

³³¹ Eduardo Araujo da Silva Ainda uma forma mais sofisticada de impedir a obtenção da prova vem sendo constatada pelas autoridades europeias: com o desenvolvimento nos últimos anos – tanto no plano legal, como no plano tecnológico – do emprego de técnicas de interceptação ambiental ou de vigilância eletrônica, os integrantes de algumas organizações criminosas passaram a adquirir equipamentos eletrônicos, geralmente com tecnologia superior à daqueles utilizados pela polícia, que facilmente identificam a presença de microfones ocultos ou microcâmeras instalados nos ambientes por eles frequentados (moradias, hotéis, escritórios etc.), comprometendo assim a obtenção da prova, pois as autoridades não dispõem de equipamentos de ponta que não possam ser detectados ou neutralizados. Outrossim, percebeu-se que os membros das organizações passaram a se comunicar com frequência através de idiomas estrangeiros ou dialetos, o que dificultou ainda mais o trabalho da polícia, pois sequer dispõe de tradutor para certas línguas. (SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 33).

na busca de provas, ou haverá um círculo vicioso de aumento de impunidade, com o estímulo ao aumento de criminalidade, gerando uma sensação de insegurança e medo.

Não se pode esperar atos heroicos, mas devemos, sim, criar condições para que crimes graves não fiquem sem ser punidos exclusivamente em razão de uma leitura exagerada dos direitos fundamentais do investigado, olvidando-se da vítima e da sociedade, pois parafraseando Carlos Drummond de Andrade a vítima é defendida com discursos e atacada com metralhadoras.

Deve-se agora ver a filmagem com a lente da sociedade do espetáculo.

5 AS FILMAGENS EM AMBIENTES PÚBLICOS E PRIVADOS E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Sumário. 5.1 A praça e o jardim. a confusão entre o local público e o local privado. a validade das filmagens não é definida pelo local de sua realização, mas sim pelo fundamento de filmar e divulgar o conteúdo da filmagem. 5.2 É lícita a filmagem de conteúdo de celular em ambientes públicos? a tela do notebook dos ministros do stf é inviolável? a câmera de aproximação inutiliza a prova. 5.3 O detetive particular e a intimidade. arapongas podem validamente seguir um indivíduo por uma causa nobre. paparazzi e os direitos fundamentais. 5,4 Pessoas públicas têm direito à intimidade. não é a notoriedade argumento único para justificar a divulgação de imagens. a sátira é um instrumento constitucional desde que utilizada de modo equilibrado.

O resultado feral é uma sociedade confessional, com microfones plantados dentro de confessionários e megafones em praças públicas. A participação na sociedade confessional é convidativamente aberta a todos, mas há uma grave penalidade para quem fica de fora. Os que relutam em ingressar são ensinados (em geral do modo mais duro) que a versão atualizada do Cogito de Descartes é Sou visto, logo sou – e quanto mais pessoas me veem, mais eu sou[...]³³²

5.1 A PRAÇA E O JARDIM. A CONFUSÃO ENTRE O LOCAL PÚBLICO E O LOCAL PRIVADO. A VALIDADE DAS FILMAGENS NÃO É DEFINIDA PELO LOCAL DE SUA REALIZAÇÃO, MAS SIM PELO FUNDAMENTO DE FILMAR E DIVULGAR O CONTEÚDO DA FILMAGEM.

O Direito Civil sempre teve um local de destaque como disciplina fornecedora de noções chaves para a compreensão dos demais ramos do direito, sendo comum, até pouco tempo, um isolamento hermenêutico que impelia as normas civis a serem interpretadas e influenciadas apenas pela história desse próprio ramo e do direito comparado civil, como se a Constituição tivesse que se adequar ao Código Civil.

³³²BAUMAN, Zygmunt, DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda de sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p 37

Atualmente é majoritário o entendimento que defende a filtragem constitucional e a necessidade de releitura do direito civil a partir da Constituição³³³. Não se afirma desprestígio para os civilistas, mas sim que os ventos constitucionais começam a soprar em busca de uma maior efetividade da Constituição³³⁴. Nenhum pedaço do ordenamento jurídico pode ser lido de modo isolado. A Constituição é o ponto de partida e de chegada do direito positivo.

É impossível aplicar qualquer norma do ordenamento sem realizar uma interpretação constitucional, pois para que essa norma possa ter validade precisa estar de acordo com a Constituição, de onde se extrai a ideia de que, mesmo inconscientemente, ao aplicar a lei a um caso concreto, está o intérprete a aplicar a Constituição. Efetivamente, todos os operadores do direito têm um compromisso com a aplicação da Constituição³³⁵.

³³³ Anderson Schreiber destaca que: “Para quem busca desde logo um conceito, o direito civil-constitucional pode ser definido como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo “releitura” não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser *diretamente* aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil-constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas” (SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. Atlas: São Paulo, 2013, p. 8). Ainda existe doutrina minoritária criticando essa aproximação, Mauricio Mazur sustenta que: “A constitucionalização do direito civil é uma grave e recorrente ameaça à liberdade e à autonomia das relações privadas que se ampara na ideia equivocada de uma grande proximidade entre o direito civil e a Constituição” (MAZUR, Mauricio. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Coord.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41).

³³⁴ Pietro Perlingieri destaca que: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância pública. É desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional” (PIERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 1999, p. 6)

³³⁵ Nesse sentido também na Itália Giorgio Pino aponta que (PINO, Giorgio. **Diritti e interpretazione**. Mulino: Bologna, 2010, p. 122): “La costituzione non è più considerata come il documento che disciplina una più o meno delimitata «materia costituzionale» (relativa all'organizzazione dei poteri dello Stato), ma è ora considerata un progetto di società giusta, che come tale è destinato a dispiegare effetti su tutta la società, sulle relazioni giuridiche e su quelle politiche. La legge non è più assistita da una sorta di presunzione di libertà dei fini (il cui raggio di azione è libero fin tanto che non entri palesemente in contrasto con una norma costituzionale), ma è invece sottoposta ad una continua verifica di compatibilità, e ad un adeguamento continuo ai principi costituzionali. E in questo contesto, il giurista percepisce se stesso come impegnato in prima persona nella realizzazione del progetto costituzionale, in sede interpretativa e applicativa, senza dover aspettare alcuna *interpositio legislatoris*; in altre parole, il giurista è parte attiva del processo di «costituzionalizzazione» dell'ordinamento e della cultura giuridica” (“A constituição não é mais considerada como o documento que disciplina uma mais ou menos delimitada “matéria constitucional” (relativa à organização dos Poderes do Estado), mas é agora considerada um projeto de sociedade justa, que, como tal, é destinado a espalhar seus efeitos sobre toda a sociedade, sobre as relações jurídicas e sobre as

Nesta perspectiva, a constitucionalização do direito civil serve-se da Constituição Federal como o novo patamar teórico das relações privadas³³⁶, pois é na Carta Maior que se podem achar os interesses que sustentam o sistema jurídico³³⁷.

Os contornos rígidos que separavam o direito público do direito privado são esmaecidos, sendo que cada vez mais há uma interpenetração, de modo que não se deve analisar nenhuma questão sem um olhar constitucional.

Nesse diapasão, cabe lembrar que é utilizado com frequência o local da obtenção da filmagem como critério legitimador da colheita da prova, como se toda filmagem em ambiente público fosse automaticamente válida e, ao contrário, toda filmagem em ambiente privado fosse, *per se*, violadora da intimidade.

Tal raciocínio não é a melhor forma de compreensão do fenômeno, uma vez que não se deve mais efetuar uma separação rígida entre o direito público e o direito privado.

relações políticas. A lei não é mais amparada por uma espécie de presunção de liberdade dos fins (na qual o raio de ação é livre desde que não entre claramente em contraste com uma norma constitucional), mas é, ao contrário, submetida a uma contínua verificação de compatibilidade e a uma adequação contínua aos princípios constitucionais. E, neste contexto, o jurista percebe a si mesmo como comprometido, na primeira pessoa, na realização do projeto constitucional em sede interpretativa e aplicativa, sem dever esperar qualquer *interpositio legislatoris*; em outras palavras, o jurista é parte ativa do processo de “constitucionalização” do ordenamento e da cultura jurídica”). (tradução nossa)

³³⁶ Cabe lembrar que o direito civil continuará com seu espaço definidor de várias questões. Torquato Castro Junior destaca que : “A importância da Constituição para a interpretação e desenvolvimento (judicial) do direito privado é inegável. Porém, a constituição atende a funções político-retóricas diversas daquelas da codificação civil. A Constituição é escrita com estilo diverso do código civil, emprega palavras bem menos semanticamente determinadas do que o Código Civil e persegue outros fins. São duas formas diversas da técnica de legislar, distintas formas de pensamento e tradições.” CASTRO JUNIOR., Torquato da Silva . Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição?. In: Stamford, Artur. (Org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. 1ed. Recife: Editora Universitária UFPE, 2011, v. 1, p.66

³³⁷ DUQUE, Bruna Lyra. **O direito contratual e a intervenção do Estado**. São Paulo: RT, 2007. p. 87.

Do mesmo modo a distinção entre local público e local privado precisa ser repensada a partir da lógica de qual o fundamento para a divulgação do vídeo. Tércio Sampaio³³⁸ lembra que:

No antigo direito romano, a oposição entre o público e o privado tinha a ver com a separação entre o que era de utilidade comum e o que dizia respeito à utilidade dos particulares. Com base nessa distinção afirmava-se a supremacia do público sobre o privado. Mas o público, como já se esboçava na Grécia antiga, passando a princípio básico das democracias modernas, é também o que aparece, que é visível a todos, em oposição ao secreto, ao segredo, ao ato de um poder por isso arbitrário, isto é, porque não se mostra. Já o privado é o que pertence à ordem do que não se mostra em público, do que não se informa a todos nem deve ou precisa ser transparente, por dizer respeito às exigências vitais de cada indivíduo, impostas pela necessidade de sobrevivência, que circunscreviam o âmbito do privativo.

A distinção entre a esfera pública e a privada, que para os romanos e os gregos era clara, perde nitidez na Era Moderna, que se vê atravessada pela noção do *social*, comum tanto ao público (político) como ao privado (familiar).

A releitura da distinção entre esfera pública e privada, com o seu redimensionamento, somada às peculiaridades de nossa sociedade do espetáculo, indicam a necessidade de não aceitar como critério argumentativo definitivo o fato de a filmagem ter sido realizada em local público ou privado³³⁹.

Ademais é importante reconhecer uma dimensão social da privacidade³⁴⁰, de forma que não se deve analisá-la exclusivamente do ponto de vista individual, mas sim

³³⁸ FERRAZ Junior, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007, p. 543.

³³⁹ Nesse diapasão Andrea Barroso Silva lembra que: “No Recurso de Revista 482206 o TVLSB, do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no qual foi relator o Conselheiro Oliveira Rocha, decidiu o STJP que embora a Autora fosse pessoa famosa e estivesse na praia, no meio da multidão, como pessoa, tem o direito de resguardar sua privacidade e preservar a imagem, impedindo a sua exposição e divulgação, sem prévio consentimento, e estando no domínio da esfera privada, não se justifica a colheita de imagens, pelo fato da praia ser um local público.

No mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça do Brasil, no Recurso Especial n.º 1.082.878 – RJ, no qual foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, que “o recorrido é artista conhecido e a sua imagem foi atingida pela simples publicação, até porque a fotografia publicada retrata o recorrido, que é casado e em público beijava uma mulher que não era a sua cônjuge” (SILVA, Andrea Barroso. *Direito à imagem: o delírio da redoma protetora*. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Coord.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 304).

³⁴⁰ Marcel Leonardi destaca que: É por isso que a doutrina propõe o reconhecimento de uma *dimensão social da privacidade*. Stefano Rodotà afirma que “a evocação da privacidade supera o tradicional quadro individualista e se dilata em uma dimensão coletiva, a partir do momento em que deixa de considerar o interesse do indivíduo enquanto tal, para reconhecê-lo como membro de um

partindo da premissa de que há mais do que um interesse individual, existe uma verdadeira necessidade da sociedade para que determinadas filmagens não sejam divulgadas³⁴¹.

O reconhecimento da dimensão social do direito fundamental à privacidade tem o escopo, também, de limitar a visão meramente individualista, típica da primeira geração dos direitos fundamentais. A ideia de indivisibilidade das dimensões dos direitos fundamentais ratifica a noção da necessidade de compatibilizar os aspectos individuais e sociais de cada um desses direitos.

A questão passa a ser, então, definir quais fundamentos justificam a divulgação da imagem e, de outro lado, os argumentos que devem ser utilizados para a não admissão da divulgação da imagem.

Exemplo de argumentos que não devem servir de critério para a divulgação seriam a “fofoca”, a situação que exponha ao ridículo a pessoa que participou da filmagem, as mensagens fora de contexto, a mera curiosidade, a revelação de doenças, dentre outros.

Nesse diapasão, cabe lembrar que, mesmo na esfera penal, o lugar de punir o réu é no processo e não no jornal, razão pela qual as divulgações - mesmo de fatos criminosos - não são absolutas.³⁴²

determinado grupo social Isso significa que não se deve entender a tutela da privacidade como a proteção exclusiva de um indivíduo, mas sim como uma proteção necessária para a manutenção da *estrutura social*. A privacidade não é valiosa apenas para a vida privada de cada indivíduo, mas também para a vida pública e comunitária. Como destaca **Gustavo Tepedino**, “o direito à privacidade consiste em tutela indispensável ao exercício da cidadania” (LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122).

³⁴¹ É de se destacar que em nenhum momento se nega a importância do direito à intimidade, apenas se demonstra que ele não pode ser considerado um direito absoluto. Greenwald destaca que: “Todo mundo tem algo a esconder. O jornalista Barton Gellman defendeu essa afirmação da seguinte maneira: A privacidade é um conceito relacional; depende do seu público. Você não quer que o seu patrão saiba que está procurando outro emprego. Não conta tudo sobre a sua vida amorosa a sua mãe ou a seus filhos. Não revela segredos profissionais a seus concorrentes. Nós não nos expomos de forma indiscriminada, e damos importância suficiente à exposição para mentir sem hesitação. Entre cidadãos respeitadores das leis, pesquisadores já mostraram muitas vezes que mentir é uma interação social diária (duas vezes ao dia entre estudantes universitários, uma vez por dia no mundo real). A transparência total é um pesadelo. Todo mundo tem algo a esconder” (GREENWALD, Glenn. **Sem lugar para se esconder**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2014, p. 194). O problema está exatamente naquilo que está se escondendo, dependendo do que for não haverá a proteção do direito.

³⁴² Helder Galvão lembra que: “O recente caso deflagrado pela Polícia Federal, apelidado de “Operação Voucher”, consistente na apuração de suposto desvio de recursos públicos no Ministério

É impossível definir em abstrato todos os tipos de argumentos que justificam a divulgação das filmagens, o que seria até contrário ao método tópico defendido no presente trabalho. Cabe, então, procurar extrair dos casos selecionados o padrão argumentativo para a definição da melhor decisão possível.

O Caso Caroline de Mônaco II³⁴³ é emblemático. Há a necessidade de existir o reconhecimento da privacidade em locais públicos e o parâmetro para definir a validade ou não da divulgação deve ser outro que não apenas o local da gravação. Além disso, esse importante precedente demonstra que a solução não pode ser dada antecipadamente para todos os casos. A determinação da validade da

do Turismo. Assessores e funcionários do Ministério foram presos e suas imagens, obtidas pela polícia para fichamento, conhecidas como *mugshot*, vazaram à imprensa. Tais fotos, como num clique instantâneo, circulavam na Internet e nas capas dos principais jornais do país. O clamor popular pela ridicularização dos presos e pelo fato de que a identificação dos fraudadores era de interesse público colide frontalmente com a própria finalidade das imagens, afinal, a sua obtenção visava apenas, e tão somente, o registro policial” (GALVÃO, Helder. Direito de imagem e fotojornalismo. In: SCHEREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e mídia**. Atlas: São Paulo, 2013, p. 32).

³⁴³ Virgílio Afonso da Silva sistematizou com precisão o caso e as decisões, cabendo transcrever (SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e internacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do direito**: novas perspectivas do conflito entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p 106-108): “Algumas revistas alemãs publicaram, em diversas edições, fotos da princesa Caroline de Mônaco em diversas situações do dia-a-dia. Diante disso, Caroline ajuizou ação em Hamburgo, Alemanha, com o intuito de que fossem proibidas novas publicações dessas fotos que, segundo ela, violavam a sua vida privada. Diante do insucesso em algumas instâncias, o caso chegou ao Tribunal Constitucional alemão. O Tribunal Constitucional, em sua decisão, fez uma distinção entre três grupos de fotos: (1) fotos do cotidiano da princesa, durante as compras, ao andar de bicicleta ou a cavalo; (2) fotos da princesa junto com um ator, durante refeição em um restaurante; (3) fotos dela com seus filhos. Embora Caroline pleiteasse o mesmo efeito para todas elas – ou seja, a proibição de republicação - o tribunal chegou à conclusão de que o peso dos direitos envolvidos, em cada um dos grupos, deveria ser avaliado de forma distinta. No caso das fotos do primeiro grupo, não se trataria de situações ligadas diretamente à esfera privada da princesa, razão pela qual uma eventual restrição à sua privacidade ocorreria apenas em pequena medida. Já no que diz respeito às fotos do segundo grupo, o tribunal chega a outra conclusão, baseado no fato de que as fotos foram tiradas a grande distância, o que demonstra que Caroline e seu acompanhante - que haviam se sentado em mesa bem ao fundo do restaurante – poderiam supor que estivessem fora de uma esfera de publicidade. Por isso, mesmo que estivessem fora do “âmbito doméstico”, sua esfera privada mereceria uma maior proteção. Em relação ao terceiro grupo de fotos, o peso da proteção deveria ser ainda maior, pelo fato de envolver a proteção às crianças fotografadas. Insatisfeita parcialmente com o resultado do julgamento - e diante de mais outras duas tentativas infrutíferas diante do mesmo tribunal -, Caroline de Mônaco ajuizou ação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos sob alegação de que seu direito à privacidade, previsto no art. 8.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não havia sido devidamente protegido na ordem interna. A corte julgou favoravelmente ao pedido, decidindo que fotos que não tenham interesse público, não importa se o fotografado é uma pessoa pública, ferem o direito à privacidade e devem ter sua publicação vedada. E, para dar ainda mais peso à proteção da privacidade, a corte parte do pressuposto de que Caroline não pode ser considerada como uma pessoa pública pelo simples fato de pertencer à família real.

divulgação estaria, portanto, na análise pormenorizada dos motivos que subjazem à publicação.

É preciso, mais uma vez, ressaltar as virtudes da tópica para a melhor aplicação do direito, bem como da lógica minimalista defendida por Cass Sunstein³⁴⁴ como um meio efetivo de o judiciário ter a sabedoria de definir o que deve ser decidido e aquilo que não é importante ser agora resolvido na apreciação do caso concreto.

É impressionante a quantidade de *obiter dicta* nos julgamentos proferidos em nossos Tribunais. Esse dispêndio de energia e tempo para apreciar algo que não faz parte da *ratio decidendi* em nada contribui para a melhora da prestação jurisdicional. Ao contrário, acaba se transformando numa forma de dilação indevida violando o direito ao julgamento em prazo razoável.

³⁴⁴ Cass Sustein aponta inicialmente duas grandes vantagens na lógica minimalista, ao afirmar que (SUSTEIN, Cass. **One case at a time**. Havard: Massachussets, 2001, p. 4): “Let us describe the phenomenon of saying no more than necessary to justify an outcome, and leaving as much as possible undecided, as “decisional minimalism.” Decisional minimalism has two attractive features. First, it is likely to reduce the burdens of judicial decision. It may be very hard, for example, to obtain a ruling on the circumstances under which single-sex education is legitimate. It may be especially hard to do this on a multimember court, consisting of diverse people who disagree on a great deal. A court that tries to agree on that question may find itself with no time for anything else. And a court that tries to agree on that question may find itself in the position of having to obtain and use a great deal of information, information that may not be available to courts (and perhaps not to anyone else). Second, and more fundamentally, minimalism is likely to make judicial errors less frequent and (above all) less damaging. A court that leaves things open will not foreclose options in a way that may do a great deal of harm. A court may well blunder if it tries, for example, to resolve the question of affirmative action once and for all, or to issue definitive rulings about the role of the First Amendment in an area of new communications technologies. A court that decides relatively little will also reduce the risks that come from intervening in complex systems, where a single-shot intervention can have a range of unanticipated bad consequences”. (“Vamos descrever o fenômeno de dizer não mais do que o necessário para justificar um resultado, deixando o máximo possível sem decidir, como ‘minimalismo decisório.’ Minimalismo Decisório tem duas características atraentes. Primeiro, é susceptível de reduzir o peso da decisão judicial. Pode ser muito difícil, por exemplo, obter uma decisão sobre as circunstâncias em que a educação de um único sexo se mostra legítima. Pode ser especialmente difícil obter consenso a esse respeito em um tribunal multissubjetivo, composto por diversas pessoas que tendem sempre a discordar entre si. Um tribunal que tente chegar a acordo sobre essa questão pode encontrar-se sem tempo para mais nada. E um tribunal que tente chegar a acordo sobre essa questão pode encontrar-se na posição de ter que obter e utilizar uma grande quantidade de informações, informações que podem não estar disponíveis para os tribunais (e talvez para mais ninguém). Segundo, e mais fundamentalmente, minimalismo é susceptível de diminuir a margem de erros judiciais ou torná-los menos freqüentes e (acima de tudo) menos prejudicial. Um tribunal que deixa as coisas em aberto não vai encerrar opções, o que evita danos de grande monta. Um tribunal pode muito bem errar se tentar, por exemplo, resolver a questão da ação afirmativa de uma vez por todas, ou emitir decisões definitivas sobre o papel da Primeira Emenda em uma área de novas tecnologias de comunicação. Um tribunal que decide relativamente pouco também irá reduzir os riscos de intervir em sistemas complexos, onde uma simples e única intervenção pode ter uma série de consequências inesperadas ruins”). (tradução nossa)

Fixada aquelas discussões que são essenciais para o julgamento do caso, o magistrado deve preocupar-se em definir os parâmetros para aquele caso concreto e não tentar estabelecer, no julgamento de um processo, uma regra universal para todos os demais, até porque, paradoxalmente, essa generalização não levará em conta as peculiaridades do próximo caso concreto.

Impossível estabelecer em abstrato quais as hipóteses em que a filmagem deve ser validada, devendo o caso concreto colaborar na fixação desse parâmetro.

Não se está defendendo a equivocada jurisprudência de que o juiz não é obrigado a apreciar todas as teses levantadas pelas partes. É elemento do contraditório³⁴⁵ a obrigatoriedade de o juiz apreciar todas as teses levantadas pelos litigantes, a questão do minimalismo está na forma de abordar essas teses.

A argumentação desenvolvida pelo magistrado é que deve ser suficiente para a resolução da questão³⁴⁶, sem a necessidade de o juiz fixar parâmetros para além do caso e sem a ilusória pretensão de ter eliminado a divergência fora do processo.

³⁴⁵ O contraditório deve ser compreendido como englobando a obrigatoriedade de ciência de todos os atos do processo, bem como oportunidade de manifestação e obrigatoriedade de o juiz apreciar todas as teses levantadas pelas partes.

³⁴⁶ Cass Sustein vai destacar que (SUSTEIN, Cass. **One case at a time**. Massachusetts: Harvard, 2001, p. 265): “In its procedural form, judicial minimalism consists of an effort to limit the width and depth of judicial decisions. Thus understood, minimalism has distinctive virtues, especially In: a heterogeneous society in which reasonable people often disagree. When judges lack, and know they lack, relevant information, minimalism is an appropriate response. Sometimes judicial minimalism is a reasonable or even inevitable response to the sheer practical problem of obtaining consensus amid pluralism. Within the Supreme Court, as within other instructions, this problem produces incompletely specified abstractions and incompletely theorized, narrow rulings. And sometimes minimalism is a way for people who disagree to show one another mutual respect. Minimalism also maintains flexibility for the future, an especially large virtue when facts and values are In: flux. Minimalists refuse to freeze existing ideals and conceptions; in this way they retain a good deal of room for future deliberation and choice. This is especially important for judges who are not too sure that they are right. Like a sailor on an unfamiliar sea – or a government attempting to regulate a shifting labor market – a court may take small, reversible steps, allowing itself to accommodate unexpected developments. Certain forms of minimalism can promote democratic goals, not simply by leaving things undecided but also by allowing opinion to coalesce over time and by spurring processes of democratic deliberation. When the Court strikes down a statute as vague, for example, it effectively requires the legislature to make crucial judgments, rather than leaving those judgments to others.” (“Na sua forma processual, minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a largura e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea em que as pessoas razoáveis, muitas vezes discordam. Quando os juízes não têm, e sabem que não têm, as informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obtenção de consenso absoluto entre pluralismo. Na Suprema Corte, como dentro de outras instituições, este problema produz decisões estreitas causadas por específicas abstrações e teorias

O escopo do processo de pacificação social é uma quimera, as partes muitas vezes precisam se submeter à decisão judicial, o que é totalmente diferente de aceitá-la. De qualquer modo, é dever do juiz motivar a sua sentença com o maior poder de convencimento possível.

Efetivamente, há cada vez mais uma preocupação da doutrina com a fundamentação das decisões judiciais e com o controle da discricionariedade do julgador.

Existe uma ligação direta entre a fundamentação da decisão judicial e a ideia de que a definição de validade da filmagem deve ser feita a partir de sua motivação. Na prática são os dois lados da mesma moeda.

A definição desse motivo é que precisa ser racional, buscada de boa-fé e confrontada com suas consequências e seu alcance. O juiz deve, então, analisar, na medida do necessário, cada argumento levantado pelas partes e, então, valorar se aquela filmagem viola uma expectativa razoável de privacidade, ou se, ao contrário, deve ser validada pelo direito.

É certo que, na maior parte das vezes, o juiz fundamentará a decisão com base na lei³⁴⁷, mas isso não significa a vitória da escola da exegese. O juiz boca da lei está

mal formuladas e incompletas. E às vezes o minimalismo é uma maneira para as pessoas que discordam mostrar um ao outro respeito mútuo. Minimalismo também mantém a flexibilidade para o futuro, uma grande virtude, especialmente quando os fatos e valores estão em fluxo. Minimalistas recusam congelar os ideais e concepções existentes; Dessa forma, eles mantêm uma boa dose de espaço para futura deliberação e escolha. Isto é especialmente importante para os juízes que não estão muito convictos de que estão certos. Como um marinheiro em um mar desconhecido - ou um governo de tentar regular um instável mercado de trabalho - o tribunal pode tomar pequenos passos reversíveis, permitindo -se a acomodar acontecimentos inesperados. Certas formas de minimalismo podem promover objetivos democráticos, não simplesmente por deixar as coisas sem decisão, mas também por permitir com a passagem do tempo a fusão de opiniões e por estimular processos de deliberação democrática. Quando o Tribunal derruba um estatuto por ser vago, por exemplo, ele efetivamente exige do legislador julgamentos cruciais, evitando deixar em aberto esses julgamentos". (tradução nossa)

³⁴⁷ Hassemer destaca que: "Se os princípios de decisão de uma ordem jurídica estão codificados, as exigências de legitimação das decisões jurídicas diminuem de forma específica. Em regra, a norma codificada é capaz de legitimar materialmente a decisão jurídica, sem que a fundamentação da decisão tenha, obrigatoriamente, de fazer referência a princípios de decisão, que, por sua vez, são o fundamento da norma codificada. Se uma comunidade jurídica organizar os seus actos de decisão de tal maneira que as questões jurídicas, acerca das quais existe uma controvérsia entre as partes,

superado³⁴⁸. A lei tem por objetivo guiar o julgador, é um redutor de complexidade, na medida em que idealiza a solução para o caso concreto.

A dificuldade consiste em que, em muitos casos, o juiz precisa julgar, mesmo em face de situações particulares não previstas ou cuja resposta legal é insuficiente ou inadequada, ou seja, como afirmou Vermeule³⁴⁹, os juízes precisam julgar na situação de incerteza.

Incerteza que pode ser causada não apenas pelo próprio texto legal, mas pelo caso concreto, ou pela falta de certeza do conhecimento científico ou insuficiente informações dos autos ou por limitações do próprio juiz, que às (muitas) vezes julga sem um fundamento racional³⁵⁰.

É evidente que não se defende um solipsismo³⁵¹ do juiz, mas, ao contrário, que o magistrado use as suas pré-compreensões e o seu sentimento jurídico de modo

tenham de ser, em cada caso, decididas de novo, a correção do conteúdo da resposta terá que ser demonstrada de novo em cada um desses casos. Tipicamente, esta demonstração terá de remeter sempre para princípios jurídicos fundamentais, para mostrar que a decisão acerca da questão jurídica controversa decorre de princípios consentidos". HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: HASSAMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 282

³⁴⁸ Mas também a lei não é a boca do juiz ver o interessente artigo: Do juiz boca da lei à lei segundo a boca do juiz: notas sobre a aplicação e interpretação do direito no início do século XXI. Maria Celina Bodin de Moraes. **Revista de Direito Privado**, n. 56, out-dez de 2013.

³⁴⁹ VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**. London: Havrd Edition, 2006.

³⁵⁰ Vermeule destaca que (VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**. London: Havard Edition, 2006, p 155): "Real-world decisionmakers, including judges, have limited capacity. Bounded rationality, however, is also relevant In: a more pointed sense. Judges, like other decisionmakers, are never fully rational." ("Tomadores de decisão do mundo real, incluindo juízes, têm capacidade limitada. Racionalidade limitada, no entanto, também é relevante em um sentido mais aguçado. Juízes, como outros tomadores de decisão, nunca são completamente racionais"). (tradução nossa)

³⁵¹ Machado de Assis tem uma passagem assaz interessante que bem elucida uma visão solipsista, quando no conto "La sereníssima república" narra: "Tratou-se de eleger um coletor de espórtulas, funcionário encarregado de cobrar as rendas públicas. Eram candidatos, entre outros, um certo Caneca e um certo Nebraska. A bola extraída foi a de Nebraska. Estava errada, é certo, por lhe faltar a última letra; mas cinco testemunhas juraram, nos termos da lei, que o eleito era o próprio e único Nebraska da república. Tudo parecia findo, quando o candidato caneca requereu provar que a bala extraída não trazia o nome de Nebraska, mas o dele. O juiz de paz deferiu ao peticionário. Veio então um grande filólogo, talvez o primeiro da república, além de bom metafísico, e não vulgar matemático- o qual provou a coisa nestes termos: Em primeiro lugar, disse ele, deveis notar que não é fortuita a ausência da última letra do nome Nebraska. Por que motivo foi ele inscrito incompletamente? Não se pode dizer que por fadiga ou amor da brevidade, pois ó falta a última letra, um simples a. carência de espaço? Também não; vede; há ainda espaço para duas ou três sílabas. Logo, a f alta é intencional, e a intenção não pode ser outra senão chamar a atenção do leitor para a letra k, última escrita, desamparada, solteira, sem sentido. Ora, por um efeito mental, que nenhuma lei destruiu, a letra reproduz-se no cérebro de dois modos, a forma gráfica, e a forma sônica: k e Ca. O defeito, pois, no nome escrito, chamando os olhos para a letra final, incrusta desde logo no cérebro

adequado³⁵², preocupando-se não com um julgamento simbólico e estatístico, mas com o julgamento do caso concreto em si.

Não há espaço para o predomínio do legislador ou do juiz, numa visão reducionista do debate. Vale dizer, como se a justeza da decisão fosse obtida a partir de quem a prolatou e não da qualidade da decisão. É o bolorento argumento de autoridade prevalecendo sobre a autoridade do argumento.

É preciso que a decisão argumente de modo consistente apreciando detalhadamente todas as teses levantadas a favor da validade da filmagem, bem como aquelas contrárias à admissão da prova e, aí sim, saberemos se naquele caso a filmagem poderá ou não ser utilizada.

A argumentação expendida não apenas serve para controlar o eventual abuso do julgador, mas é condição de legitimidade da decisão judicial e da validade das filmagens. As soluções jurídicas não podem ser apenas “preto ou branco”, pois há uma infinidade de cores que existem entre os extremos e, possivelmente, a melhor decisão possível pensada e decidida para o caso será construída a partir da atitude

esta primeira sílaba: Ca. Isto posto, o movimento natural do espírito é ler o nome todo; volta-se ao princípio, à inicial ne, do nome Nebrask. – Cané. – Resta a sílaba do meio, Brás, cuja redução a esta outra sílaba Ca, a última do nome Caneca, é a coisa mais demonstrável do mundo. E, todavia, não a demonstrarei, visto faltar-vos o preparo necessário ao entendimento da significação espiritual ou filosófica da sílaba, suas origens e efeitos, fases, modificações, consequências lógicas e sintáticas, dedutivas ou indutivas, simbólicas e outras. Mas, suposta a demonstração, aí fica a última prova, evidente, clara, da minha afirmação primeira pela anexação da sílaba Ca às duas Cane, dando este nome Caneca”. ASSIS, Machado. **50 contos de Machado de Assis**. São Paulo: Companhia das letras, 2013, p. 153.

³⁵²Kaufmman afirma que : “Ponderar racionalmente o irracional, eis o que faz a hermenêutica. Como já foi referido, a hermenêutica não é em si mesma irracional, ela quer apenas trazer à luz processos que não são, ou não são exclusivamente, racionais. E que precisamente o sentimento jurídico tem a ver com hermenêutica foi desde muito cedo reconhecido pelo genial *Gustav Radbruch*. Num escrito de 1907 escrevia ele: “o sentimento jurídico antecipa o resultado, a lei deve depois dar os fundamentos e os limites daquele. E em 1932 acrescentou: “o sentimento jurídico exige um espírito ágil, capaz de passar do particular para o geral e do geral novamente para o particular”. Dificilmente se pode dizê-lo melhor. O sentimento jurídico é a arte de ter *pré-compreensões correctas*. Ainda mais incisivo, diz *Albert Einstein*: “a fantasia é mais importante do que o conhecimento”. As pré-compreensões são o humano na determinação do direito, nenhuma técnica, por mais evoluída que seja, as pode proporcionar. A pré-compreensão permite que não se tenha dificuldades com a circularidade do processo de determinação do direito. Essa estrutura da determinação do direito deve tornar-se transparente, em vez de se esconder por detrás dos fundamentos da decisão”. KAUFFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 96.

não meramente passiva do juiz de aplicação mecânica do enunciado legal. Não se pode, também, insistir na vetusta confusão de texto da lei com a própria lei³⁵³.

Verifica-se, então, que muitas vezes, apesar da filmagem ter sido efetuada em local público, ela não pode ser divulgada e nem utilizada como um meio de prova válido no direito civil.

5.2 É LÍCITA A FILMAGEM DE CONTEÚDO DE CELULAR EM AMBIENTES PÚBLICOS? A TELA DO NOTEBOOK DOS MINISTROS DO STF É INVOLÁVEL? A CÂMERA DE APROXIMAÇÃO INUTILIZA A PROVA.

A invasão de privacidade já alcançou o Supremo Tribunal Federal. Ao contrário do que se poderia imaginar à primeira vista, não se faz referência aqui a algum dos precedentes examinados pela corte, mas à captação e divulgação de diálogo mantido por *e-mail* por dois Ministros durante importante sessão de julgamento. A troca de mensagens, captada pela câmera potente de um repórter que acompanhava a sessão, foi divulgada na imprensa, expondo o confidencial intercâmbio de impressões sobre o caso em exame, incluindo cifradas especulações sobre os votos dos demais Ministros, um deles referido simplesmente como “O Cupido”. O episódio, que não despertou paixões no Supremo Tribunal Federal, evidencia como ninguém está a salvo de violações à sua privacidade.³⁵⁴

A partir da epígrafe do presente capítulo observa-se que o problema das câmeras de aproximação não se configura uma mera tertúlia acadêmica, mas sim um problema prático que, dentre suas vítimas, teve um ministro do STF durante uma sessão de julgamento. Mensagens trocadas entre ministros tiveram seu conteúdo

³⁵³Torquato Castro Junior destaca que: “As letras da frase escrita, cuja “literalidade” retoricamente faz-se passar por objeto empiricamente verificável (as palavras da lei sendo a própria lei), legitima renovadamente a crença na segurança jurídica como uma crença na neutralidade e estabilidade de determinadas palavras escritas. Simultaneamente, porém, aos primeiros casos de legislação entraram já em jogo os incontornáveis problemas da interpretação e da concretização dessas sentenças do direito. Junto à capacidade de se tomar direito por escrito desenvolveu-se correspondentemente uma retórica do caráter sacro de determinadas formulações textuais.”CASTRO JUNIOR, Torquato. *Metáforas de Letras em culturas jurídicas da escrita: Como se é fiel à vontade da lei*. IN: BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco, ADEODATO, João Maurício. **Princípio da Legalidade. Da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro:Forense, 2009, p 151.

³⁵⁴SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. Atlas: São Paulo, 2011, p. 145.

revelado e publicado em um jornal de grande circulação a partir da utilização de uma câmera de aproximação³⁵⁵.

O avanço tecnológico permitiu a criação de instrumentos que aproximam com nitidez objetos e pessoas. Se essa medida é importante para as fotografias e para a arte em geral, de outro lado traz uma preocupação muito grande em relação à intimidade, posto que permite que determinadas situações tomem uma dimensão absurda.

O caso Cicarelli³⁵⁶ é um dos mais emblemáticos exemplos de como a câmera de aproximação pode ser tão perniciososa e violadora da intimidade. Se é certo que a praia era um local público, a edição do vídeo com câmera de aproximação sugere uma proximidade do evento bem diferente do que efetivamente aconteceu.

³⁵⁵ Schreiber destaca que: “Nos jornais do dia seguinte, o conteúdo dos *e-mails* assumiu importância bem maior que o fato de sua captação não ter sido autorizada. Os poucos debates em torno da invasão de privacidade desaguaram, mais uma vez, no desgastado argumento do “lugar público”. Ora, a exemplo do que ocorre com o direito de imagem, o direito à privacidade não se restringe ao ambiente doméstico. Ninguém deixa em casa sua privacidade quando sai à rua. O simples fato de um local ter acesso aberto ao público não significa que tudo que seja dito ou praticado por uma pessoa em tal espaço possa ser legitimamente divulgado em cadeia nacional. Ninguém está autorizado a captar com tecnologias de ponta o que uma pessoa cochicha a outra em praça pública e divulgar o diálogo nas redes de televisão. Também aqui, o que deve ser analisado não é o caráter público ou privado do local, mas a expectativa de privacidade em torno do ato captado naquelas circunstâncias concretas. SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. Atlas: São Paulo, 2011, p. 145.

³⁵⁶ Sobre esse caso Anderson Schreiber afirma que (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. Atlas: São Paulo, 2011, p. 127): “Enquanto se divertia com seu namorado em uma praia da Espanha, Daniela foi capturada pelas lentes de um cinegrafista à longa distância. O filme foi editado, recheado de frases picantes e lançado no *site* Youtube, que permite o compartilhamento gratuito de vídeos em escala mundial. Tornou-se, rapidamente, um dos mais acessados pelo público brasileiro. A indiscrição foi conduzida ao Poder Judiciário, em ação inibitória movida pelo casal em face da companhia Youtube Inc., entre outras, com o objetivo de interromper a divulgação daquelas imagens. [...]Uma análise fria do vídeo revela que os frequentadores da praia parecem não perceber a troca de intimidades entre Daniela e seu namorado; reforça-se a suspeita de que a coisa toda aconteceu de modo bem mais discreto do que sugere o filme, editado eletronicamente por um profissional, com clareamentos e aprimoramentos que permitem enxergar na tela detalhes invisíveis a olho nu. Como destacou, na ocasião, Bruno Lewicki ‘ Estes fatores, a bem da verdade, acabam por falar a favor do casal, cujos gestos não pareceram chamar a atenção dos circunstantes ou representar conduta em desacordo com as normas informais que regem a convivência dos frequentadores daquele local. Amplificado pelo foco profissional da câmera-algoz, porém, o que era uma ligeira indiscrição adquire contornos quase épicos.’ O peso das novas tecnologias não pode ser ignorado. Uma imagem captada no entardecer, à longa distância, pode ser ampliada, “corrigida”, de modo a se suprir a precária iluminação natural. Com isso, um afago à meia-luz pode acabar convertido em uma cena de alta definição e impactante clareza. Tais recursos devem ser levados em conta por juízes e desembargadores na análise dos conflitos derivados do uso não autorizado de imagem alheia. Além disso, os tribunais devem ter em mente a extraordinária repercussão que assume, na realidade contemporânea, a circulação de imagens e vídeos na Internet, podendo, no extremo, marcar para sempre a vida de uma pessoa”.

Na busca de uma fundamentação adequada para a divulgação de imagens, verifica-se que essa filmagem, mesmo obtida em local público, não atende a nenhum interesse que justifique sua divulgação, exceto o econômico do produtor do vídeo, devendo, portanto, ser considerada ilícita a publicização do vídeo.

O argumento sempre levantado de que ao praticarem os atos filmados em local público haveria uma renúncia tácita ao direito à intimidade não pode prevalecer posto que insuficiente para permitir a circulação de imagens contrárias à vontade do titular do direito de personalidade. Ademais, é completamente diferente o alcance de divulgação de uma imagem por exemplo na praia da utilização, por terceiros, dessa mesma imagem em um jornal ou na internet³⁵⁷.

A grande dificuldade está em estabelecer uma sanção adequada para aqueles que divulgam as imagens,³⁵⁸ uma vez que o objetivo precípuo deve ser uma tutela inibitória específica, as eventuais perdas e danos devem apenas ser utilizadas de maneira subsidiária. O que se pretende é evitar a violação ao direito de personalidade e não a compensação em pecúnia.

³⁵⁷ Marcelo Cabral destaca que: “O Supremo Tribunal de Justiça português julgou caso interessante envolvendo a imagem de uma senhora em pratica de topless em uma praia onde se pratica o nudismo costumeiramente; sem seu consentimento, um jornal diário publicou sua imagem. No aresto, a Corte Suprema pontuou que a circunstância de uma pessoa optar por expor sua imagem desnuda em uma praia não significa que tenha perdido o controle sobre ela e não possa se opor à divulgação jornalística, especialmente diante da ausência de preocupação do periódico com a não identificação da pessoa”. CABRAL, Marcelo Malizia. A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012 p. 139

³⁵⁸ Daniela Lutzky destaca que: “O sentimento da insuficiência do Direito Civil para regular os danos oriundos da violação dos direitos da personalidade também é o argumento de Carolina Vaz, para quem “os institutos de que dispõe até o momento o Direito Civil não conseguiram coibir nem reduzir a prática de novos ilícitos, o Direito, que deve servir à vida e ter uma utilidade prática, já que feito por homens para homens, deve amoldar-se às novas necessidades, para solver os conflitos oriundos de uma nova ordem social”. Outrossim, muito se resolve quando se aceita que a questão “radica no fato de os direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem um grau mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo.” Igual é o sentimento de Gustavo Tepedino quando afirma que: “verifica-se a inadequação das técnicas de proteção da pessoa humana elaboradas pelo Direito Privado, consubstanciadas na doutrina dos chamados direitos da personalidade”. De acordo com o autor, os mecanismos de proteção apresentam-se “aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana, inseridas em situações que se multiplicam e se diversificam ao sabor dos avanços tecnológicos, sendo insuscetíveis de se ajustarem à rígida previsão normativa, muito embora merecedoras de tutela pelo ordenamento jurídico” (LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imaterias como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 227).

Em relação às câmeras de aproximação a situação fica mais grave com a utilização de drones³⁵⁹ que conseguem sobrevoar e filmar com câmera de aproximação quase todos os lugares. A tecnologia já está de tal modo viabilizada que é possível comprar no *ebay* um drone por aproximadamente mil dólares, sendo, atualmente, um dos acessórios mais badalados em festas de casamento, tendo a ANAC³⁶⁰ se preocupado em regulamentar seu uso.

É evidente que as filmagens, no âmbito civil, obtidas a partir de um drone são provas ilícitas e não podem ser admitidas³⁶¹. Efetivamente é preciso estabelecer a premissa da não validade da utilização de câmeras de aproximação como forma de obter prova.

Há de se distinguir a figura dos drones, com sua localização móvel, das câmeras de videovigilância fixas, uma vez que seria impossível a convivência social se fosse

³⁵⁹ Tércio Sampaio alertava que “há alguns anos a Universidade de Gutenberg de Mainz, Alemanha, anunciava a invenção de um helicóptero *sui generis*. Capaz de transportar uma câmera, gravar sons e imagens, tinha o tamanho de uma mosca. Com isso, a possibilidade de adentrar em recintos fechados, flagrando situações íntimas, sem ser percebido, tornava-se uma realidade de consequências imprevisíveis” (FERRAZ Junior, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007, p. 542).

³⁶⁰ A Agência Nacional de Aviação Civil optou por utilizar o nome de VANT (veículo aéreo não tripulado). Uma interessante reportagem sobre a proposta de regulamentação da ANAC pode ser acessada no endereço eletrônico <<http://www.aereo.jor.br/2014/02/24/anac-vai-permitir-voos-de-drones-de-ate-25-kg-a-ate-120-metros-de-altitude/>>.

³⁶¹ No âmbito penal a situação é diferente, mas cabe ressaltar que os criminosos já utilizam a tecnologia de drones até para levar droga para dentro do presídio. Veja a notícia no endereço eletrônico <<http://noticias.r7.com/videos/criminosos-usam-drone-para-levar-droga-a-presidio-de-sao-jose-doscampos-sp-/idmedia/531da8480cf2a66423edd7c1.html>>. Payton e Claypoole destacam que (PAYTON, Theresa; CLAYPOOLE, Theodore. **Privacy In: the age of big data**. Maryland: Rowman e Littlefield, 2014, p 121): “*Drones In: the Wrong Hands* Drones have already been used by bad people for bad deeds. For example, In: Latin America FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, also known as the Revolutionary Armed Forces of Colombia) worked with the narcocartels to create remote-controlled drug-smuggling submarines. Rezwan Ferdaus, an al-Qaeda affiliate, plotted an attack on the Pentagon and Capitol buildings using a remote-controlled drone aircraft armed with bomblike explosives. Thankfully, the FBI intercepted the plot. In: Brazil, criminals who were not currently In: jail sent a drone care package into a prison to deliver cell phones to prisoners there. In: the UK a few years ago, criminals tried to send drugs into a prison via a drone.” (“Drones em mãos erradas. Drones já foram usados por más pessoas para más ações. Por exemplo, na América Latina as FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia) trabalharam com os narcocartéis para criar submarinos de contrabando de drogas de controle remoto. Rezwan Ferdaus, um afiliado da Al-Qaeda, planejou um ataque contra os prédios do Pentágono e do Capitólio usando um avião-robô de controle remoto armado com explosivos. Felizmente, o FBI interceptou a trama. No Brasil, criminosos que não estavam presos enviaram para uma prisão através de um drone pacotes contendo telefones celulares para serem utilizados pelos presos de lá. No Reino Unido, há alguns anos atrás, criminosos tentaram enviar drogas em uma prisão através de um drone”). (tradução nossa)

necessário olhar permanentemente para o alto à procura de um drone, ou tentando se esconder desse objeto voador.

A volatilidade do drone pode ser muito útil em algumas situações³⁶², todavia, em relação à filmagem para produção de provas na esfera cível, esse meio de prova deve ser proscrito.

A filmagem por câmeras de aproximação do conteúdo de celular³⁶³ também não pode ser considerada um meio de prova válido. Exemplo recente dessa violação foi

³⁶² Há aspectos positivos na utilização dos “drones”, como por exemplo (PAYTON, Theresa; CLAYPOOLE, Theodore. **Privacy In: the age of big ata**. Maryland: Rowman e Littlefield, 2014, p. 119): “In: the UK, several police forces are experimenting with drones to see if they can use them for creative purposes such as looking for a person In: a large crowd. Instead of using facial-recognition technology alone, drones might also look for the signal emitted from the person’s mobile phone. Germans are tired of graffiti on their railway systems. Germany announced a plan to combat graffiti with miniature helicopter drones outfitted with thermal imaging cameras. The drones will fly around the most popular spots for graffiti, which include cities such as Berlin and Hamburg. At only a meter across In: wingspan, the drones will be an extra set of eyes looking for offenders and then alerting authorities so they can apprehend the graffiti artists In: the act. In: Canada, the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) from the province of Saskatchewan used a drone to rescue a man. A man called their emergency service when his car crashed. His car flipped over, and he was In: a remote part of the province. After police could not find him with a traditional helicopter, they deployed a drone with an infrared camera and sent it to the last known coordinates that his cell phone provided when he made the emergency call. The drone found a heat provided when he made the emergency call. The drone found a heat signature that belonged to the man, and the RCMP was able to deploy a recue team. ‘To our knowledge, this is the first time that a life may have been saved with the use of a SUAS (small Unmanned Aerial System) helicopter’, said Zenon Dragan, president and founder of the drone-making company Draganfly”. (“No Reino Unido, várias forças policiais estão fazendo experiências criativas com drones, como por exemplo a procura de uma pessoa em uma grande multidão . Em vez de usar apenas a tecnologia de reconhecimento facial, drones também podem captar o sinal emitido a partir de telefones celulares. Os alemães estão fartos de pichações em seus sistemas ferroviários. A Alemanha anunciou um plano para combater pichações com drones de helicóptero em miniatura equipados com câmeras de imagem térmica . Os drones voarão em torno dos locais mais populares para os grafiteiros , que incluem cidades como Berlim e Hamburgo . Com apenas um metro de diâmetro na envergadura , os drones serão um conjunto extra de olhos na busca de infratores para , em seguida, alertar as autoridades para que possam apreender os grafiteiros enquanto agem. No Canadá , a Real Polícia Montada do Canadá (RCMP) na província de Saskatchewan usou um drone para resgatar um homem. O homem chamou o serviço de emergência quando sofreu um acidente de carro. Seu carro capotou , e ele estava em uma parte remota da província. Depois que a polícia não conseguiu encontrá-lo com um helicóptero tradicional, foi enviado um um drone com uma câmera infravermelha para as últimas coordenadas identificadas no momento da ligação de emergência feita pelo telefone celular. O drone encontrou um sinal de calor que correspondia ao homem acidentado, e a polícia pôde enviar para o lugar uma equipe de resgate . "Até onde sabemos , esta foi a primeira vez que uma vida pôde ter sido salva com o uso de um helicóptero SUAS (pequeno sistema aéreo não tripulado)", disse Zenon Dragan , presidente e fundador da empresa fabricante de drone Draganfly”). (tradução nossa)

³⁶³ Por mais absurdo que possa parecer, atualmente celulares estão sendo utilizados como detonador de bombas. Luis Causada lembra que (CAUSADA, Luís M. Vallés. Usos delictivos no comunicativos de la telefonía móvil: una excepción a la protección del artículo 18.3 CE. In: GIL, Julio Pérez (Coord.). **El proceso penal en la Sociedad de la información coordinador**. Madrid: Wolters kluwer Espana, 2012, p. 230): “Lamentablemente, debe hacerse una referencia en este punto a alguno de los

a divulgação da mensagem “força na peruca” que a afilhada do senador Demóstenes Torres enviou durante a votação da cassação do senador no plenário do senado³⁶⁴. Efetivamente, a divulgação do conteúdo da mensagem em nada acrescentou ao interesse público, caracterizando uma invasão indevida a captação da tela.

Há de se afirmar que, no direito civil, não é possível a utilização de câmera de aproximação, configurando uma violação à intimidade e tendo como consequência a ilicitude da prova obtida a partir dessa tecnologia.

5.3 O DETETIVE PARTICULAR E A INTIMIDADE. ARAPONGAS PODEM VALIDAMENTE SEGUIR UM INDIVÍDUO POR UMA CAUSA NOBRE. PAPARAZZI E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

“O código, então, é o ser vivo singular. O código é como o homem. Quem sou eu, então, único, indivíduo e também genérico? *Um algarismo indefinido, decifrável, indecifrável*, aberto e fechado, social e pudico, acessível-inacessível, público e privado, íntimo e secreto, às vezes desconhecido de mim mesmo e, ao mesmo tempo, exibido. Existo, logo sou um código, calculável, incalculável como a agulha de ouro do palheiro onde, escondida, ela dissimula seu brilho. Meu DNA, por exemplo, simultaneamente aberto e fechado, cujo código carnalmente me construiu, íntimo e público como as *Confissões* de Santo Agostinho: quantos caracteres? A *Jocunda*, quantos *pixels*? O *Réquiem* de Fauré, quantos bits? Medicina e direito há muito tempo já alimentavam essa ideia do homem como código. O saber e as práticas hoje a confirmam, com métodos que utilizam *procedimentos e algoritmos*. O código faz com que nasça um novo *ego*. Pessoal, íntimo, secreto? Sim. Genérico, público, publicável? Sim. Melhor ainda, as duas coisas: duplo, como já disse do pseudônimo.”³⁶⁵

dolorosos atentados terroristas que ha sufrido España en los últimos años, pues ya se ha producido algún ejemplo del uso de los teléfonos móviles como iniciadores de los artefactos explosivos usados por los terroristas. El *modus operandi* es de una extraordinaria simpleza. Basta colocar una carga explosiva dotada de su correspondiente detonador para iniciarla mediante una conexión al teléfono móvil, de modo que, al recibirse una llamada en el colocado junto al explosivo, la energía eléctrica recibida provoque el encendido del detonador y éste, a su vez, la explosión de la carga principal. Este sería el sistema utilizado en el atentado contra el Acuartelamiento de La Guardia Civil del barrio de Inchaurren (San Sebastián), el 11 de noviembre de 2000, o en los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid, como es bien conocido”.

³⁶⁴ Uma busca simples no Google com os termos “Demostenes Torres e força na peruca” resulta em 1.110 ocorrências para essa busca.

³⁶⁵ SERRES, Michel. **Polegarzinha**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2013, p. 89.

A inegável complexidade do ser humano é um fator que deve ser destacado quando se trata do tema dos *paparazzi* e do direito à intimidade. O ser humano tem dentro de si a ambiguidade e o paradoxo de pensamentos bons e outros nem tanto.

Inúmeras vezes essa ambiguidade é revelada no ambiente familiar, onde as máscaras sociais se retiram³⁶⁶. Os paparazzi exercem uma profissão que tem por missão obter imagens de pessoas públicas em situações constrangedoras ou, em geral, qualquer imagem que possa dar uma boa capa sensacionalista.

A profissão, por óbvio, não existe num vácuo. Há um grande mercado mundial para a exploração da curiosidade sobre pessoas famosas, bem como para fotos íntimas e/ou constrangedoras.

Essas fotos não deveriam ser publicadas, como lembra Paulo José da Costa Júnior³⁶⁷:

Se é o interesse social que justifica e legitima o *jus narrandi*, as publicações que se destinem exclusivamente à satisfação de uma curiosidade quase patológica do populacho ou à difusão da malignidade estarão

³⁶⁶ Keizer lembra que (KEIZER, Garret. **Privacy**. New York: Picador, 2012, p. 35): “The political theorist Judith Shklar would call it something else. She writes that the democracy of everyday life [...] does not arise from sincerity, but rather from citizens hiding enough of themselves to make social intercourse tenable. She points to a figure such as Benjamin Franklin, who saw nothing amiss in: trying to ‘make himself acceptable to his fellow citizens’ by hiding “much of his native character”. She warns against “the unending game of mutual unmasking”, which has the ironic effect of raising “the general level of sham”. In: such a game, ‘any attempt to hide one’s feelings, every social formality, role, or ritual, even failures to recognize one’s character and possibilities are called acts of hypocrisy or self-betrayal.’ Rather shockingly, Shklar concludes that “we ought to give up not only our obsession with openness, but indeed go beyond the traditional horror of the hypocrite... Hypocrisy is one of the few vices that bolsters liberal democracy.” (“A cientista política Judith Shklar chamaria isso de outra coisa. Ela escreve que “a democracia da vida cotidiana [...] não emerge da sinceridade”, mas de cidadãos que escondem bastante de si próprios para permitir um intercâmbio social sustentável. Ela aponta para a figura de Benjamin Franklin como exemplo de quem nada viu de errado no fato de se ‘ tornar aceitável para os seus concidadãos ‘ escondendo ‘ muito do seu caráter natural . ‘Ela adverte contra’ o jogo interminável de desmascaramento mútuo “, o que tem o efeito irônico de elevar “o nível geral da farsa. Nesse jogo, ‘qualquer tentativa de esconder os sentimentos , todas as formalidades sociais, função ou ritual, até mesmo falhas de reconhecer o caráter e as possibilidades, são chamados atos de hipocrisia ou auto – traição’. Em vez de chocar , Shklar conclui que” devemos deixar de enaltecer com obsessão a franqueza, superando o tradicional sentimento de horror pelo hipócrita [...] a hipocrisia é um dos poucos vícios que reforça a democracia liberal”). (tradução nossa).

³⁶⁷ COSTA JUNIOR, Paulo José. **Agressões à intimidade**: o episódio Lady Di. São Paulo: Malheiros, p. 47.

evidentemente excluídas da liberdade que se confere à imprensa para manifestação das ideias. Note-se, ademais, que a própria Constituição, ao conferir o direito, ressalva os abusos. A divulgação de notícias desprovidas de relevância social, portanto, constitui um abuso da liberdade de manifestação de pensamento e, como tal, vetada pelo Direito.

A grande dificuldade está na falta de uma sanção mais efetiva que torne, do ponto de vista econômico, desinteressante publicar fotos sem a autorização do titular. A tutela reparatória de dano é, muitas vezes, uma proteção insuficiente³⁶⁸. Deve-se evitar a publicação de filmagens danosas.

A imprensa tem limites³⁶⁹, todavia, se for compensador do ponto de vista econômico, ela é capaz de destruir a vida de uma pessoa. Frise-se que, em alguns casos, como no de traição conjugal, pouco importa se a notícia é verdadeira, uma vez que, em regra, essa traição só é relevante para o cônjuge enganado.

O recente constrangimento que a atriz Grazi Massafera³⁷⁰ sofreu, inclusive perseguida por paparazzi dentro de uma igreja, reforça a ideia de que não é possível admitir que subsista essa total omissão legislativa para o estabelecimento de uma sanção efetiva em hipóteses tão evidentes de violação à intimidade.

³⁶⁸ Luis Roberto Barroso observa que: “O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso. Já nos casos de violação da privacidade (intimidade ou vida privada), a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença. No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua consequência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges – hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público – não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado”. (BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do advogado 2007, p. 90)

³⁶⁹ Gustavo Tepedino lembra que: “A rigor, a privacidade é direito casuístico por excelência, suscitando, por isso mesmo, proteção que seja dúctil e que possa servir não como uma forma de censura, mas como critério para orientar a imprensa livre. A solução, portanto, não estará provavelmente na legislação, senão na interpretação do fato concreto, em cotejo com as leis disponíveis. E nem se diga que o problema é brasileiro. O moderno direito da *privacy* agita todo o mundo contemporâneo e, significativamente, nasceu como proteção contra a imprensa marrom, justamente nos Estados Unidos”. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 474.

³⁷⁰ Se forem digitados no Google os termos de pesquisa “Grazi e traição” 183.000 resultados são exibidos.

Não se trata de um enriquecimento sem causa da pessoa que foi filmada, mas sim de proteger de modo efetivo a intimidade. Do mesmo modo que no direito penal se reconhece cada vez como mais relevante o combate à lavagem de dinheiro como forma de minar o crime organizado³⁷¹, é necessário estabelecer uma sanção que desestimule esse tipo de conduta violadora de direito fundamental.

A suspeita de traição é um dos maiores motivos de contratação de detetives particulares. A questão fica ainda mais complexa quando existe o afetamento de direitos de crianças, uma vez que a Constituição prevê um tratamento especial para a criança e para o adolescente.

Exemplo de decisão flagrantemente equivocada prolatada pelo STJ³⁷²:

Constitucional e processual civil. Mandado de segurança. Escuta telefônica. Gravação feita por marido traído. Desentranhamento da prova requerida pela esposa. Viabilidade, uma vez que se trata de prova ilegalmente obtida com violação da intimidade individual. Recurso ordinário provido. I. A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava "lexotam" às meninas. O marido, já suspeito, gravou a conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética. II. Embora esta turma já tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5º, da CF/88 (HC 3.982/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 26/02/96), no caso, concreto o marido não poderia ter gravado a conversa a arripio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito constitucionalmente garantido (art. 5º, X). Recurso provido.

Apesar de ressaltar a relevância do motivo, a decisão determinou a exclusão da prova, quando, justamente pelo fato de haver suspeita e a comprovação de que a mãe estava dopando as crianças, seria justificada a gravação. Logo, salta aos olhos o erro da decisão.

³⁷¹ Com a enorme dificuldade de combate ao crime organizado, utiliza-se a estratégia de tornar desinteressante o crime combatendo o lucro. Não há crime organizado por questões lombrosianas ou por hobby. O objetivo é o lucro. Combatendo a lavagem e tornando menos rentável a atividade criminosa espera-se que haja a redução desse tipo de criminalidade.

³⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 53.352/95 – GO. Relator Adhemar Maciel. Brasília, pub. DJU 25/11/96, p. 46.227.

A proteção integral do menor justificaria aceitar essa prova. A sensibilidade que faltou ao STJ no julgamento retromencionado foi aflorada no julgamento do HC 203.405/MS. Cuidava-se de uma interceptação telefônica determinada pela vara cível³⁷³ em que a operadora telefônica se recusava a cumprir a ordem judicial com o fundamento de que a Constituição somente autoriza a interceptação telefônica determinada por juiz criminal. O STJ³⁷⁴, realizando a ponderação de valores, reconheceu que, naquele caso concreto³⁷⁵, o texto constitucional que determinaria a ilicitude da interceptação telefônica na esfera cível deveria ser superado para preservar o direito fundamental da criança.

É importante frisar que não se trata de um decisionismo ou mero capricho do julgador. O caso concreto foi decisivo para impor a necessidade de utilização daquela prova com o objetivo de preservar o menor, cabendo ao intérprete o dever de fazer aquela leitura adequada da Constituição.

Sempre há possibilidade de discussão sobre a existência de outros fatores com capacidade de influir na decisão do julgador. Há uma pesquisa que encontra relação entre o ato de julgar e a fome do julgador no momento da prolação da decisão.

³⁷³ Há de se lembrar que permanece uma complexa discussão sobre o artigo 5º, XII da CF. Eduardo Cambi destaca que (CAMBI, Eduardo. **A prova civil**. São Paulo: RT, 2006, p. 95): “Antes de qualquer comentário sobre esse dispositivo, é preciso lembrar que a Assembléia Constituinte aprovou texto diferente desse que foi promulgado, tendo sido aprovado, em segundo turno, em plenário, dispositivo com a seguinte redação: É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual”. A Comissão de Redação acrescentou ao texto aprovado as expressões ‘no último caso’ e ‘penal’, o que restringiu o alcance da norma constitucional aprovada em plenário. Assim, pode-se concluir que a redação restritiva dada ao inc. XII do art. 5º da CF é *inconstitucional*, por vício de competência e por violação do processo legislativo, cabendo ao Judiciário, pelo mecanismo do controle da constitucionalidade, suprimir as palavras acrescentadas pela Comissão de Redação”.

³⁷⁴ A íntegra do voto do relator pode ser encontrada no site <<http://www.conjur.com.br/dl/entendimento-stj-embora-artigo-cf-exija.pdf>>.

³⁷⁵ O caso tinha peculiaridades também, como o desrespeito do pai com a justiça indo até um programa de televisão para afirmar que nenhum juiz o faria devolver o filho.

Efetivamente, em interessantíssimo artigo³⁷⁶, Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso³⁷⁷ afirmam, após pesquisarem 1112 processos, num período de 10 meses e abrangendo 8 juízes israelenses, que:

We have presented evidence suggesting that when judges make repeated rulings, they show an increased tendency to rule in favor of the status quo. This tendency can be overcome by taking a break to eat a meal, consistent with previous research demonstrating the effects of a short rest, positive mood, and glucose on mental resource replenishment (11–13). However, we cannot unequivocally determine whether simply resting or eating restores the judges' mental resources because each of the breaks was taken for the purpose of eating a meal. We also cannot ascertain whether taking a break improved the judges' mood because mood was not measured in our study. Furthermore, although we interpret our findings through the lens of mental depletion, we do not have a direct measure of the judges' mental resources and, thus, cannot assess whether these change over time. Nevertheless, our results do indicate that extraneous variables can influence judicial decisions, which bolsters the growing body of evidence that points to the susceptibility of experienced judges to psychological biases (19, 20; for a review, see ref. 21). Finally, our findings support the view that the law is indeterminate by showing that legally irrelevant situational determinants — in this case, merely taking a food break — may lead a judge to rule differently in cases with similar legal characteristics. Although our focus has been on expert legal decisions, we suspect the presence of other forms of decision simplification strategies for experts in other important sequential decisions or judgments, such as legislative decisions, medical decisions, financial decisions, and university admissions decisions. Our findings add to the literature that documents how experts are not immune to the influence of extraneous irrelevant information (22–24). Indeed, the caricature that justice is what the judge ate for breakfast might be an appropriate caricature for human decisionmaking in general.³⁷⁸

³⁷⁶ Os próximos três parágrafos podem ser encontrados no artigo *Reflexões sobre o ato de julgar na justiça penal*, de Américo Bedê Feire Junior, publicado no livro **Constituição de 1988 e 25 anos de valores e transições**. Vitória: Cognojus e FDV, 2013, p. 49.

³⁷⁷ Pesquisa encontrada no endereço eletrônico <www.pnas.org/lookup/suppl/doi:10.1073/pnas.1018033108/-/DCSupplemental>.

³⁷⁸ “Nós temos apresentado evidências sugerindo que quando juízes julgam causas repetidamente eles demonstram uma crescente tendência de decidir em favor do *status quo*. Essa tendência pode ser revertida por uma pausa para refeição, de acordo com pesquisas anteriores que demonstram os efeitos de um descanso rápido, do bom humor e dos níveis de glicose na reposição dos recursos intelectuais. Contudo, nós não podemos determinar, de forma inequívoca, se o simples descanso ou a alimentação foram responsáveis por restaurar a capacidade intelectual dos juízes, porque todas as pausas foram tiradas com o propósito de comer uma refeição. Nós também não podemos afirmar se as pausas melhoram o humor dos juízes porque o humor não foi medido em nosso estudo. Além disso, embora nós interpretemos nossas descobertas pelas lentes do esgotamento intelectual (mental), não dispomos de uma medida objetiva dos recursos mentais dos juízes e, assim, não podemos avaliar se isso muda ao longo do tempo. Nada obstante, nossos resultados indicam que variáveis estranhas podem influenciar decisões judiciais, o que reforça o crescente conjunto de evidências que indicam a susceptibilidade de juízes experientes a inclinações (prejulgamento ou preconceito) psicológicas. Finalmente, nossas descobertas reforçam a percepção de que a lei é, na verdade, indeterminada, ao mostrar que circunstâncias legalmente irrelevantes – neste caso uma pausa para refeição – podem levar o juiz a julgar de maneira diferentes casos com as mesmas características legais. Embora nosso foco tenha incidido sobre as decisões judiciais, nós suspeitamos da presença de outras formas de estratégias de simplificação de decisões em outros campos profissionais que demandam a prática de decisões e julgamentos recorrentes, como o legislativo, o

Nesse diapasão, Daniel Kahneman³⁷⁹, prêmio Nobel de economia, destaca que:

A descoberta mais surpreendente feita pelo grupo de Baumeister revela, como ele afirma, que a ideia de energia mental é mais do que uma simples metáfora. O sistema nervoso consome mais glicose do que outras partes do corpo, e a atividade mental trabalhosa parece ser particularmente dispendiosa na moeda da glicose. Quando você está ativamente envolvido em um raciocínio cognitivo difícil ou ocupado numa tarefa que exige autocontrole, seu nível de glicose no sangue cai. O efeito análogo a um corredor que suga a glicose armazenada em seus músculos num tiro. A implicação óbvia dessa ideia é que os efeitos do esgotamento do ego podem ser anulados com a ingestão de glicose, e Baumeister e seus colegas confirmaram essa hipótese em diversos experimentos.

Seres humanos, para o nosso bem e para o nosso mal, os juízes jamais conseguirão ser justos no sentido de nunca errarem e jamais conseguirão evitar que, mesmo inconscientemente, outros fatores sejam levados em consideração no momento de julgar, pois suas pré-compreensões lhes desvelarão uma verdade.

Obviamente que esse critério não pode ser utilizado para justificar um pronunciamento judicial, devendo o magistrado ter o cuidado redobrado para não se deixar influenciar por nenhum tipo de sentimento no momento da decisão.

médico, o financeiro e até nas universidades. Nossas descobertas somam-se à literatura (doutrina) que documenta como os especialistas não são imunes à influência de informações estranhas e irrelevantes. Certamente, a caricatura de que a justiça é o que o juiz comeu no café da manhã pode ser uma caricatura apropriada do processo humano de tomada de decisões em geral”. (tradução nossa). O prêmio Nobel de economia Daniel Kahneman comentou essa pesquisa afirmando que (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar duas formas de pensar**. Objetiva: Rio de Janeiro, 2012, p. 58): “Uma demonstração perturbadora dos efeitos de esgotamento no julgamento foi relatada recentemente nos Proceedings of the National Academy of Sciences. Os participantes inadvertidos do estudo eram oito juízes de condicional. Os casos são apresentados em ordem aleatória, e os juízes dedicam pouco tempo a cada um, numa média de seis minutos. (A decisão default é a rejeição da condicional; apenas 35% dos pedidos são aprovados. O tempo exato de cada decisão é registrado, e os períodos dos três intervalos para refeição dos juízes – durante o dia também são registrados.) Os autores do estudo fizeram um gráfico da proporção de pedidos aprovados em relação ao tempo desde a última pausa para refeição. A proporção conhece picos após cada refeição, quando cerca de 65% dos pedidos são concedidos. Durante as duas horas, mais ou menos, até a refeição seguinte dos juízes, a taxa de aprovação cai regularmente, até chegar perto de zero pouco antes da refeição. Como era de se esperar, esse é um resultado indesejável e os autores verificaram cuidadosamente muitas explicações alternativas. A melhor explicação possível dos dados é uma má notícia: juízes cansados e com fome tendem a incorrer na mais fácil posição default de negar os pedidos de condicional. Tanto o cansaço como a fome provavelmente desempenham um papel”.

³⁷⁹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar duas formas de pensar**. Objetiva: Rio de Janeiro, 2012, p. 57.

O juiz tem que aceitar que inúmeras vezes o direito diz o que ele não quer ouvir. Nenhum magistrado tem o poder de decidir de acordo com sua consciência. É ténue a distinção entre o livre convencimento motivado e o abuso do julgador.

Procurando, então, estabelecer parâmetros racionais de decisão, deve-se reconhecer que as atividades desenvolvidas por detetives ou paparazzi precisam respeitar os direitos fundamentais da pessoa objeto de filmagens.

Não existe nenhum tratamento diferenciado para essas profissões. Ao contrário, a verdadeira perseguição a que submetem as pessoas alvo de suas ações deve gerar o direito de indenizar.

5.4 PESSOAS PÚBLICAS TÊM DIREITO À INTIMIDADE. NÃO É A NOTORIEDADE ARGUMENTO ÚNICO PARA JUSTIFICAR A DIVULGAÇÃO DE IMAGENS. A SÁTIRA É UM INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DESDE QUE UTILIZADA DE MODO EQUILIBRADO.

É comum a alegação de que, em virtude da notoriedade da pessoa, toda e qualquer filmagem é de interesse público dos fãs, existindo um ônus que deve ser suportado como uma consequência negativa pequena que é facilmente superada pelas demais vantagens que a condição de famoso proporciona ao ser humano.

Esse raciocínio é completamente equivocado. Não se trata, como nos debates antigos, de uma incompatibilidade ontológica da intimidade com a condição de pessoa pública, como se pudéssemos proclamar intimidade *versus* pessoas públicas.

Gustavo Tepedino³⁸⁰ lembra com propriedade que:

Mesmo o homem público tem o sagrado direito de ser resguardada sua vida sentimental ou sexual; a manter sigilo em relação a quem recebe ou freqüenta. O mesmo não mais se pode dizer, contudo, se ele professa um moralismo exasperado e é visto, pela imprensa, em situação que contradiga sua pregação e a de seu partido. É, aí, interesse do público e do eleitor ser bem-informado. Em situação não distante está um ministro da Indústria que mantenha reuniões privadas, ou estreita relação pessoal, com empresários

³⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 474.

da indústria química ou farmacêutica – a hipótese quem nos fornece é o jurista italiano, bem entendido. O público não pode deixar de ser informado disso.

Dentre os vários casos de pessoas famosas envolvidas com a mídia, podemos lembrar dois bastante emblemáticos:

a) o Caso Sophia Loren, resumido por Helder Galvão³⁸¹:

Cita-se o caso da então bonita e charmosa atriz italiana Sophia Loren, que aproveitava o verão europeu em um balneário francês da *Cote d'azur* com o tão comum, por lá, *topless*. Dias depois, seus fartos seios estampavam as bancas de jornais do mundo todo. Loren foi indenizada pelo uso indevido de sua imagem. O uso, por si só, da sua imagem, já configuraria a violação da sua responsabilidade. Nesse caso, porém, contou-se com um agravante: o fotógrafo, através de equipamentos de mergulho e potente câmera fotográfica, captou suas imagens de forma maliciosa e clandestina.

b) o Caso Maite Proença³⁸², que teve fotografias publicadas com sua autorização em determinada revista e, posteriormente, teve fotos, sem sua autorização, publicadas em jornal de grande circulação e que apenas no STJ teve reconhecido o seu direito à indenização.

³⁸¹ GALVAO, Helder. Direito de imagem e fotojornalismo. In: SCHEREIBER, Anderson (Coord.) **Direito e Mídia**. Atlas: São Paulo, 2013, p. 32.

³⁸² Anderson Schreiber destaca que a atriz “teve negado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro o seu pedido de indenização por danos morais ao argumento de que só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas, as bonitas não” (SCHEREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. Atlas: São Paulo, 2013, p. 447). Maria Celina Bodin transcreve a equivocada decisão do TJRJ que afirma: “O dano moral, como é cediço, é aquele que acarreta, para quem o sofre, muita dor, grande tristeza, mágoa profunda, muito constrangimento, vexame, humilhação, sofrimento. Ora, nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso inconsentido da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação. Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a quem tem direito pelo uso inconsentido da sua imagem. Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas, as bonitas, não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 46).

Efetivamente, não se pode negar que a intimidade de pessoas famosas tem um valor de mercado maior do que a do cidadão comum. Esse valor econômico³⁸³ pode ser explorado pelo titular do direito à intimidade, mas não simplesmente ignorado ou descartado com base na notoriedade.

Cabe destacar que esse negócio jurídico entabulado sobre a exploração da imagem da personalidade, não pode jamais implicar uma transferência definitiva de propriedade sobre a imagem, posto que resultaria numa renúncia total ao direito de personalidade, o que seria inconstitucional³⁸⁴.

Uma questão extremamente complexa é a existência do denominado direito à sátira de personalidades públicas. É óbvio que também há um número menor de sátiras tendo por objeto pessoas desconhecidas. Faz parte da intenção de dar uma maior repercussão à sátira a utilização de pessoas famosas e seus trejeitos ou envolvimento em episódios estranhos.

³⁸³ Elimar Szaniawski destaca que existe a possibilidade de a pessoa explorar sua vida privada cedendo-a gratuitamente, ou, como é comum, comercialmente, mediante retribuição monetária. Há um intenso comércio em relação à vida privada dos indivíduos, mediante venda de fotografias, de gravações da própria voz, de cartas e diários íntimos, que serão exibidos publicamente, retratados em revistas, jornais, cinema e televisão, suscitando a ideia de que trata-se o direito ao respeito à vida privada também um direito de personalidade de natureza patrimonial. Não podemos negar esse fato diante de um rápido exame da jurisprudência atual, tanto dos tribunais alienígenas quanto dos tribunais brasileiros, que vêm tratando o direito ao respeito à vida privada, especialmente o direito sobre a própria imagem, e sobre a própria voz, sob uma perspectiva eminentemente patrimonial. Quem vende sua imagem a uma revista de publicação de nus e não recebe o preço, tem o direito de reivindicá-lo judicialmente por descumprimento do contrato. Ou quem tem sua imagem utilizada para fins publicitários sem a devida remuneração tem o direito de ser indenizado em proporção aos lucros obtidos por quem a utilizou, da mesma forma como se tratasse da utilização de qualquer bem patrimonial (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo, RT, 1993, p. 148).

³⁸⁴ Velleda Bivar Neta destaca que (DIAS NETTA, Vellêda Bivar Soares. **A caminho de contornos mais precisos para a privacidade**: a procedimentalização do tratamento dos dados pessoais e a vida privada. Dissertação de mestrado. Orientação Maria Celina Bodin de Moraes. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Rio de Janeiro, out. de 2011): “Embora contratualizados, aspectos existenciais da pessoa jamais perdem a sua natureza, de sorte que não se tornam objeto de mercancia, pois a pessoa é sujeito e objeto de tutela, sendo equivocado tratá-los como se bens jurídicos fossem. Portanto, embora os participantes do *reality show* e a emissora de TV tenham contratualizado aspectos existenciais dos primeiros, não há falar em transferência de titularidade. Luiz Edson Fachin acerca do tema é categórico afirmando que quando uma pessoa faz da sua imagem um instrumento de vendas de algum produto não a torna algo suscetível de mercancia, de modo que não se pode dizer que a imagem passou a pertencer a outrem”. E conclui: “há certos direitos personalíssimos que têm dupla feição, sentidos em que um fim não anula o outro”.

É interessante observar que a discussão não se resume à possibilidade de abuso do direito de sátira em relação a uma pessoa física. Uma coletividade, grupo ou profissão pode sofrer dano moral coletivo. O Conselho de Enfermagem propôs ação judicial, entendendo que determinada propaganda era ilícita por colocar enfermeiras como se utilizando de sua profissão para satisfazer a lascívia masculina. O TRF da 1ª Região indeferiu o pedido³⁸⁵, mas o fez não pela impossibilidade em tese de dano moral coletivo, mas sim pelo fato de que, naquele caso concreto, não houve abuso do direito de sátira.

De outro modo, cabe lembrar que o Congresso Nacional chegou a proibir as sátiras em período eleitoral. O STF, no julgamento da ADIN 4451³⁸⁶, considerou inconstitucional tal restrição, cabendo transcrever da ementa o seguinte trecho:

Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso

³⁸⁵ O Acórdão está assim ementado: “CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. PROPAGANDA DIVULGADA PELA RÉ. DANO MORAL COLETIVO NÃO CONFIGURADO. 1. A aferição da existência de dano moral coletivo não pode ficar subordinado ao enfoque do sofrimento anímico do ser biológico, pois o sentido de coletividade tem uma realidade diversa. Embora a coletividade não tenha personalidade jurídica, ser um número indeterminado de indivíduos, tem interesses legítimos, valores e patrimônio ideal que devem ser protegidos. Na reparação do dano moral adota-se os mesmos critérios da reparação do dano ambiental material (dano e nexos causal), além de se averiguar o nível de reprovação da conduta de ofensas, seu conhecimento das consequências do fato lesivo e a intenção de causar dano a outrem. (AC 200841000021800, Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 data: 31/10/2012, pg.:1395. 2. O comercial divulgado pela ré, embora revele apelo à sensualidade do corpo, não teve a intenção de denegrir a imagem das profissionais de enfermagem, até porque, trata-se de uma sátira utilizada pelo comercial, com o intuito de chamar a atenção para a disposição do paciente, como restou consignado na sentença recorrida. Ademais, seria um absurdo admitir que a propaganda em questão pudesse influenciar no comportamento do homem médio, a ponto fazê-lo acreditar que, a partir daquela imagem, poderia tratar com desrespeito as profissionais de enfermagem, seja ele na condição de paciente, de colega ou médico. 3. No Estado Democrático de Direito deve ser assegurada a liberdade de expressão - desde que não ofenda outro direito fundamental, de modo que o exercício pleno de um direito não acarrete restrição absoluta a outro. 4. Nega-se provimento ao recurso de apelação”.BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. Apelação Cível 2002.34000092090. Relator Rodrigo Navarro de Oliveira Brasília, publicado no e-DJF1 em 27/02/2013, p. 103.

³⁸⁶ Decisão do plenário do STF de 02/09/2010, Rel. Ministro Ayres Britto.

porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, lócus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução “humor jornalístico” enlaça pensamento crítico, In: formação e criação artística. 6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de “restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei” (inciso III do art. 139).

A questão central, então, não é o momento nem a fixação de um limite em abstrato. Apenas no caso concreto há de se verificar o legítimo exercício do direito de sátira³⁸⁷. O período eleitoral é recorrente em sociedades democráticas, não se justificando tratá-lo com diferenciação.

Exemplo de abuso flagrante do conteúdo de uma piada é o caso Rafinha Bastos contra Wanessa Camargo, quando o comediante afirmou que “comeria ela e o

³⁸⁷ Ivana Coelho lembra episódio interessante (COELHO, Ivana. Direito de sátira: conflitos e parâmetros de ponderação. In: SCHEREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. Atlas: São Paulo, 2013, p. 107): “Um caso que merece relevo é aquele envolvendo a publicação da revista *Bundas*, de titularidade do cartunista Ziraldo, em que o Superior Tribunal de Justiça apresentou interessantes critérios para definir alguns limites e sopesamentos envolvendo o direito de sátira. Na revista, era reproduzida a imagem do Castelo de Itaipava, no Rio de Janeiro, a que o cartunista fazia alusão como sendo o *Castelo de Bundas*, em manifesta sátira a uma revista destinada à divulgação de fatos envolvendo a alta sociedade brasileira e celebridades. A revista *Bundas* também se referia ao Barão que foi proprietário do Castelo como o *Barão da Merda*, tendo os herdeiros ajuizado ação de indenização por danos morais alegando ofensa à honra do falecido e seus familiares. Transcreva-se, para melhor análise, a ementa do julgado: ‘Civil. Ação de compensação por danos morais. Revista humorística. Matéria satírica que teria maculado a honra de antepassado das recorrentes. Crítica social que transcende a memória do suposto ofendido para analisar, por meio da comparação jocosa, tendência cultural de grande repercussão no país. Dentro do que se entende por exercício da atividade humorística, a matéria não teve por objetivo a crítica pessoal ao antepassado das recorrentes, mas a sátira de certos costumes modernos que ganharam relevância e que são veiculados, hodiernamente, por mais de uma publicação nacional de grande circulação.- O 'mote' supostamente lesivo, ademais, foi atribuído ao domínio público. A conduta praticada não carrega a necessária potencialidade lesiva, seja porque carecedora da menor seriedade a suposta ofensa praticada, seja porque nada houve para além de uma crítica genérica de tendências culturais, esta usando a suposta injúria como mera alegoria. Não cabe aos Tribunais dizer se o humor praticado é 'popular' ou 'inteligente', porquanto à crítica artística não se destina o exercício da atividade jurisdicional. Recurso especial não conhecido’”.

bebê³⁸⁸”. Tal afirmação cruza a fronteira da mera piada para o ato ilícito, até porque tem um nítido conteúdo criminoso, não é possível sustentar sua inclusão dentro do direito de sátira.

Não se está defendendo um estado paternalista definidor de um padrão de vida moralista para a sociedade, onde não se possam fazer piadas de situações aparentemente desfavoráveis, como piadas de anões ou de pessoas com deficiência (gagos, etc.).

É preciso observar que, em tema tão sensível, a linha é muito tênue entre a piada e o preconceito disfarçado ou revelado através da anedota. Não é possível delimitar em tese o âmbito de incidência do direito fundamental da intimidade e a liberdade de informação ou o direito à sátira.

O tracejar desse limite é casuístico mesmo. O comediante Danilo Gentili³⁸⁹ afirmou que: “Entendo os velhos de Higienópolis temerem o metrô. A última vez que eles chegaram perto de um vagão foram parar em Auschwitz”. Uma piada que toca um assunto delicado que foi o holocausto. É permitido o *hate speech* no Brasil através de sátiras?

Daniel Sarmento³⁹⁰ aponta que existem profundas divergências no direito comparado sobre o tratamento do *hate speech*. Enquanto nos Estados Unidos as *fighting words* e o discurso do ódio são enquadrados dentro da liberdade de expressão, o Canadá aceita a restrição ao *hate speech*, devendo ser feito um juízo de proporcionalidade caso a caso. Quanto à Alemanha, nas palavras do autor:

Este modelo germânico pode ser explicado não só a partir da ordem constitucional positiva alemã, mas também da sua cultura jurídica e humanitária, ainda fortemente influenciada pelo trauma do nacional-Socialismo, que não transaciona com os atentados contra a dignidade individual, e nem está disposta a correr o risco do surgimento de algum novo monstro que possa ser nutrido por um excesso de tolerância com o intolerante

³⁸⁸ No Google, são 93.700 entradas para a pesquisa “Rafinha bastos e Wanessa Camargo”. Consulta efetuada em 29 de maio de 2014.

³⁸⁹ No Google, são 48.800 resultados para a pesquisa “Danilo Gentili e judeus”. Consulta efetuada em 29 de maio de 2014.

³⁹⁰ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 230.

O STF, no famoso caso Ellwanger³⁹¹, reconheceu os judeus como raça e considerou não abrangida pela liberdade de expressão qualquer incitação ao racismo, ou seja, não é juridicamente lícito negar o holocausto.

É uma opção difícil. Aceitar que ideias preconceituosas possam ser divulgadas com a esperança de que as fragilidades desse discurso sejam apontadas no debate e prevaleça a tese que respeite a diferença pode ser apenas uma vã esperança, além de cooperar com a difusão de um radicalismo que pode fugir do controle e descambar em graves violações a direitos fundamentais.

De outro lado, admitir a possibilidade de o Estado, seja por meio de um órgão censor ou de um juiz, estabelecer o que pode ou não ser debatido infantiliza a sociedade e permite o abuso por parte desse órgão de controle que, a pretexto de se tornar o guardião da moralidade ou dos bons costumes, pode pretender impor suas convicções, eliminando ou reduzindo a capacidade do livre comércio de ideias.

Entre as duas soluções extremadas deve-se optar pela intermediária, admitindo inicialmente uma posição preferencial para a liberdade de expressão, devendo o Judiciário intervir quando do abuso. A liberdade de manifestação também deve ser compatibilizada com os outros direitos fundamentais.

Imaginar que há uma solução definitiva nesse tema é de uma ingenuidade total, pois significa acreditar que o ser humano evoluirá a ponto de não ter pretensão de superioridade e nem repulsa ao diferente. O direito precisa, então, ter mecanismos para enfrentar essa mazela da condição humana.

Por fim, cabe destacar que a veracidade das informações divulgadas é um parâmetro importante. Não existe direito de divulgar mentiras sobre qualquer pessoa. Há a necessidade de se ter responsabilidade em averiguar a autenticidade daquilo que se publica.

³⁹¹ Sobre essa decisão ver COURA, Alexandre. **Hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

É evidente que a publicação de uma mentira gera dano moral³⁹². De outro lado, o fato de a notícia ser verdadeira não é suficiente, *per se*, para legitimar a sua publicação, posto que há de se realizar um juízo de motivação para a divulgação daquela notícia.

Doutra parte, cabe lembrar que Luis Roberto Barroso³⁹³ sustenta como critérios importantes para a apreciação do julgador no confronto entre a liberdade de expressão e a intimidade os seguintes: a) veracidade do fato; b) licitude do meio empregado na obtenção da informação; c) personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia; d) local do fato; e) natureza do fato; f) existência de interesse público na divulgação da tese; g) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos e g) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

Após a exposição dos argumentos desse capítulo, verifica-se que esses critérios apontados não são suficientes para o fornecimento de uma resposta prévia para a

³⁹² Exemplo interessante foi julgado pelo STJ que, com acerto, assim ementou (BRASIL. Recurso Especial 200800166732. Relatora Nancy Andrighi. Brasília. Pub. DJE 05/08/2008, p.5): “Civil. Recurso especial. Compensação por danos morais. Ofensa à honra. Político de grande destaque nacional que, durante CPI relacionada a atos praticados durante sua administração, é acusado de manter relação extraconjugal com adolescente, da qual teria resultado uma gravidez. Posterior procedência de ação declaratória de inexistência de relação de parentesco, quando demonstrado, por exame de DNA, a falsidade da imputação. Acórdão que afasta a pretensão, sob entendimento de que pessoas públicas têm diminuída a sua esfera de proteção à honra. Inaplicabilidade de tal tese ao caso, pois comprovada a inverdade da acusação.- A imputação de um relacionamento extraconjugal com uma adolescente, que teria culminado na geração de uma criança – fato posteriormente desmentido pelo exame de DNA – foi realizada em ambiente público e no contexto de uma investigação relacionada à atividade política do autor.- A redução do âmbito de proteção aos direitos de personalidade, no caso dos políticos, pode em tese ser aceitável quando a informação, ainda que de conteúdo familiar, diga algo sobre o caráter do homem público, pois existe interesse relevante na divulgação de dados que permitam a formação de juízo crítico, por parte dos eleitores, sobre os atributos morais daquele que se candidata a cargo eletivo.- Porém, nesta hipótese, não se está a discutir eventuais danos morais decorrentes da suposta invasão de privacidade do político a partir da publicação de reportagens sobre aspectos íntimos verdadeiros de sua vida, quando, então, teria integral pertinência a discussão relativa ao suposto abrandamento do campo de proteção à intimidade daquele. O objeto da ação é, ao contrário, a pretensão de condenação por danos morais em vista de uma alegação comprovadamente falsa, ou seja, de uma mentira perpetrada pelo réu, consubstanciada na atribuição errônea de paternidade – erro esse comprovado em ação declaratória já transitada em julgado.- Nesse contexto, não é possível aceitar-se a aplicação da tese segundo a qual as figuras públicas devem suportar, como ônus de seu próprio sucesso, a divulgação de dados íntimos, já que o ponto central da controvérsia reside na falsidade das acusações e não na relação destas com o direito à intimidade do autor. Precedente. Recurso especial conhecido e provido”.

³⁹³ BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 88.

validade ou não das filmagens e sua divulgação quando envolvida questão civil. É imprescindível argumentar sobre o caso concreto.

A sociedade do espetáculo não significa uma licença para publicar de qualquer modo qualquer notícia sobre a vida íntima de uma celebridade. É mais do que necessária uma análise do conteúdo da publicação para verificar a sua compatibilidade ou não com a Constituição.

Objetivou-se demonstrar que apenas uma análise tópica, à luz do caso concreto, pode definir a extensão do direito à intimidade. Se é certo que a sociedade do espetáculo clama por essa mídia violadora da intimidade, por outro lado é preciso limitar a divulgação a hipóteses de consentimento do titular do direito à intimidade ou, se existir, de motivo relevante, que não seja apenas o interesse econômico para a publicação, para que não incida a violação da proteção da intimidade.

É preciso agora analisar a sociedade de consumo e sua face no direito do trabalho, bem como o modo como a intimidade subsiste em um ambiente laboral.

6 A FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR E AS FILMAGENS EM AMBIENTES PÚBLICOS E PRIVADOS

Sumário. 6.1 A filmagem permanente do ambiente de trabalho só pode ser válida quando relacionada com a segurança do estabelecimento. a ilicitude das filmagens como forma de controle de produtividade do empregado. 6.2 Da ilicitude do comportamento do empregador que contrata pessoas para filmar o comportamento dos empregados fora do ambiente de trabalho. 6.3 Das câmeras em sala de aula do ensino fundamental como limitador do desenvolvimento da criança. o little brother é inconstitucional.

6.1 A FILMAGEM PERMANENTE DO AMBIENTE DE TRABALHO SÓ PODE SER VÁLIDA QUANDO RELACIONADA COM A SEGURANÇA DO ESTABELECIMENTO. A ILICITUDE DAS FILMAGENS COMO FORMA DE CONTROLE DE PRODUTIVIDADE DO EMPREGADO.

“El derecho a la intimidad, que el ordenamiento protege en todos los órdenes, penetra también en la relación de trabajo, erigiéndose en un importante límite a la potestad discrecional del empresario, y al mismo tiempo en garantía del ejercicio de otros derechos fundamentales. A nadie se le oculta la necesidad de garantizar al trabajador una protección efectiva de ese ambito reservado, sustraído al conocimiento de los demás, frente a las eventuales injerencias del empleador (o de personas al servicio de este).E incluso frente a la actuación de las propias organizaciones sindicales.”³⁹⁴

A sociedade de consumo reflete diretamente a sociedade do trabalho³⁹⁵. A necessidade de consumir cada vez mais provoca uma busca desenfreada de amealhar mais recursos econômicos, dificultando a proteção da relação de emprego.

³⁹⁴ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 742.

³⁹⁵ Quase todos os produtos que consumimos têm uma história oculta e macabra de trabalho escravo e pirataria, de falsificação e fraude, de roubo e lavagem de dinheiro. A mais perigosa incubadeira da economia bandida é o mercado global. Os produtos bandidos penetram e corrompem as economias tradicionais. Quem compra um anel de noivado produzido com ouro extraído por crianças congolosas a serviço de latifundiários cruéis, depois contrabandeado para Uganda e vendido com documentação forjada por falsas companhias de comércio, estabelece um vínculo comercial com o obscuro

A sociedade de consumo convive com níveis alarmantes de produtos “piratas”³⁹⁶, que são produzidos de modo clandestino, sem o menor respeito aos direitos fundamentais, e criam uma lógica perversa porque, pela similitude com o original, acabam subtraindo lucros da empresa formalmente constituída, que paga seus tributos, gerando um concorrência desleal e um incremento de sonegação fiscal.

De outro lado, os direitos fundamentais sociais³⁹⁷ são encarados como custos que devem ser reduzidos a fim de garantir competitividade de mercado ao país no mundo globalizado e, pior, com uma clara tendência de redução desses direitos. Deve-se fazer oposição a essa lógica, pois, como advertiu Kátia Magalhães Arruda³⁹⁸:

O modelo neoliberal de segregação da população mais carente e lucro de poucos privilegiados não consegue solucionar as graves questões sociais que se avizinham. Mesmo que a globalização seja inevitável, os direitos fundamentais devem ser resguardados. Como já foi avaliado, deve-se garantir o máximo de eficácia a esses direitos e não diminuí-los ou extingui-los. Um rápido estudo sobre conquista histórica de direitos pelos trabalhadores demonstra que cada direito que se perde não corresponde a nenhum ganho: apenas se perde agudizando a contradição social e o conflito entre capital e trabalho.

submundo da economia ilegal e criminosa da África. Mas nós, consumidores, quase nada sabemos dessas interdependências, quanto mais dos sinistros segredos econômico dos produtos que consumimos, porque somos prisioneiros de uma densa rede de ilusões comerciais - a matrix do comércio (NAPOLEONI, Loretta. **Economia bandida**. Rio de Janeiro: Difel, 2008, p. 17).

³⁹⁶ Até aviões sofrem hoje com o mercado de produtos piratas. Napoleoni lembra que “em 1989 um acidente com o voo 589 da Norwegian Convair matou seus 55 passageiros. A investigação revelou que a baixa qualidade de peças de reposição essenciais foi a principal causa da tragédia. Os componentes de aviões estão sujeitos a um rígido protocolo; toda a sua vida é documentada pelo fabricante e por aqueles que os adquirem. Eles são como pessoas, têm identidade e histórico de vida, explica um engenheiro da Boeing. Mas o mercado de componentes falsificados e sem certificação hoje prospera, e aqueles que o comandam, os piratas da aviação, se tornaram hábeis comerciantes. A explosão, em julho de 2000, de um Concorde que decolava de Paris resultou indiretamente de um componente falsificado uma tira de metal de 20 centímetros que se soltou de um DC10 norte-americano que decolava pouco antes. A tira delgada, muito mais leve do que o exigido, entrou no mecanismo da roda do concorde e causou a tragédia” (NAPOLEONI, Loretta. **Economia bandida**. Rio de Janeiro: Difel, 2008, p. 137).

³⁹⁷ Não é pacífico o enquadramento dos direitos sociais como direitos fundamentais. A primeira corrente faz uma interpretação de que os direitos sociais não devem ser considerados fundamentais por razões históricas e, em uma interpretação mais restrita, entende que só os direitos individuais são direitos fundamentais. A segunda corrente defende que todos os direitos sociais são fundamentais e, portanto, cláusulas pétreas do ordenamento. Existe uma terceira corrente que defende uma análise individual de cada direito, sustentando, por exemplo, que o décimo terceiro não ostenta a condição de direito fundamental, mas as férias sim, pela relação que esse direito tem com a dignidade do trabalhador não presente no décimo terceiro.

³⁹⁸ ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 123.

Nesse quadro, é um consectário lógico o enfraquecimento do empregado³⁹⁹, que ainda precisa conviver com uma automação que retira postos de trabalho, somando-se a isso uma ameaça da mudança de endereço de empresas, em busca de um local onde exista uma proteção menor de direitos sociais.

Nesse contexto, defender direitos dos empregados pode soar como uma mera ilusão, posto que em breve talvez a maior preocupação seja simplesmente ter um trabalho.

As sucessivas crises econômicas, a escassez de recursos e a lógica do capital anunciam uma época não tão esperançosa para a proteção de direitos trabalhistas.

Já possuindo um emprego, o trabalhador tem direito à intimidade no ambiente de trabalho⁴⁰⁰. A questão é posta não apenas no Brasil⁴⁰¹. Deveras, há interesse em diversas partes do mundo em se controlar o empregado.

³⁹⁹ “Enquanto o capital se move livremente e a indústria desfruta as vantagens da internacionalização da produção, a mão de obra ocidental permanece intrinsecamente imóvel. As relações de classe mudaram, portanto, o fato de uma empresa transnacional poder transferir suas instalações para o estrangeiro enquanto o trabalhador não pode se mover para outro país roubou dos sindicatos dos países industrializados a sua força”. NAPOLEONI, Loretta. **Economia bandida**. Rio de Janeiro: Difel, 2008, p. 233.

⁴⁰⁰ Há varias hipóteses em que o empregador viola a privacidade nas tratativas do contrato de trabalho. Infelizmente, perguntas sobre orientação sexual e testes de AIDS, de gravidez, toxicológicos ou exigência de antecedentes criminais ainda são exigidos por algumas empresas como condição para a contratação, em flagrante violação ao nosso ordenamento jurídico.

⁴⁰¹ Na Espanha, Jose Guridi leciona que (GURIDI, Jose Francisco Etxerria. Videovigilancia y sua eficacia en el proceso penal. In: GIL, Julio Pérez (Coord.). **El proceso penal en la sociedad de la información**. Madrid: Wolters Kluwer, 2012, p. 349): “La utilización de mecanismos de videovigilancia en el ámbito laboral ha experimentado una evolución similar. En la STC 98/2000, de 10 de abril, se reconoce por el intérprete constitucional que en ocasiones se ha partido de la premisa básica de que el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores. Sin embargo, en la mencionada sentencia se enmienda el criterio interpretativo “pues no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte Del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento Del individuo (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, Fj 4 y 197/1991, de 17 de octubre, Fj 3, por todas). En suma, habrá que atender no solo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.) para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores” (f.j. 6º). También en la STS de 2 de Julio de 2004 que la grabación durante cinco meses de las imágenes de la entrada de una vivienda y realizadas por un detective privado no vulnera los derechos

O entendimento prevalente no Brasil⁴⁰² - de que as filmagens são válidas se forem ostensivas, não atingirem o banheiro⁴⁰³, forem para todos os empregados de modo indistinto -, não é o que melhor atende a proteção da privacidade do empregado no ambiente de trabalho.

Nessa linha, é utilizado como reforço de argumento o poder diretivo do empregador. Ora, se é o empregador tem a possibilidade de regular a forma como o trabalho

fundamentales de las personas afectadas, pues “las imágenes han sido captadas, que no reproducidas ni publicadas, en la calle, [...] recogiendo la entrada y salida de la vivienda de la actora recurrente y de sus hijos y de otras personas no identificadas” (aunque como argumento se añade también el deber de los padres de velar por SUS hijos). En tal sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 10 de enero de 1995 (ponente Rodrigo Landazábal): ‘La diferenciación entre lo exterior y lo interior, el espacio público y el espacio privado, determina la necesidad de que cualquier injerencia de los poderes públicos en el ámbito domiciliario y en el secreto de las comunicaciones exija autorización judicial. Se trata de proteger al máximo el núcleo profundo de la intimidad personal y familiar. Este círculo íntimo en opinión de la Sala, no agota el derecho a la intimidad y a la propia imagen. No podríamos concluir, en este sentido, que todas las actividades que los ciudadanos desarrollamos en público Sean públicas como contrapuestas a íntimas o privadas. Existen manifestaciones públicas de esferas privadas: las personas con las que nos relacionamos y que nos acompañan en la vía pública, los lugares a los que acudimos, los establecimientos que frecuentamos, se desarrollan en el exterior, pero inevitablemente reflejan datos e informaciones sobre aspectos concretos de nuestra personalidad.’”

⁴⁰² Alice Monteiro de Barros afirma que: “A legislação brasileira não proíbe que o poder de direção conferido ao empregador se verifique por meio de aparelhos audiovisuais de controle de prestação de serviços. O fato é uma decorrência do avanço da tecnologia e poderá consistir em um instrumento probatório valioso na análise da conduta do empregado”. BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2009, p. 8).

⁴⁰³ Cabe trazer baila interessante acórdão do TRT de MG, admitindo excepcionalmente o controle da utilização de banheiros (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. Recurso Ordinário 1024200802403005. Relator Alice Monteiro de Barros, 7.ª Turma. Belo Horizonte, 23/06/2009): “EMENTA: PODER DE DIREÇÃO. USO DE APARELHOS AUDIOVISUAIS EM SANITÁRIOS. INVASÃO DA INTIMIDADE DO EMPREGADO. A instalação de câmera de vídeo ou de filmagem constitui uma medida ajustada ao princípio da proporcionalidade (GOÑI SEIN, José Luis. La videovigilancia empresarial y La protección de datos personales. Thompson/Civitas, 2007, p. 30, 31, 37, 50 e 54) considerando que a instalação em local onde o empregado executa suas atividades é medida justificada, equilibrada e imprescindível. Esse princípio não é o único limite que existe nas instalações de câmeras de vídeo. O poder de fiscalização do empregador é limitado ao uso dos banheiros como proteção à intimidade do empregado. Entretanto, poderá ser admissível, excepcionalmente, quando o empregado viola suas obrigações, passando no banheiro um tempo claramente desnecessário para fumar, ler ou realizar outras atividades. Alguns autores sustentam que o âmbito de espaços reservados ao uso privativo dos empregados (serviços higiênicos, vestiários e zonas de descanso) é preservado, permitindo-se a colocação de câmara de vídeo, excepcionalmente, até a porta dos lavabos, mas localizados em lugares públicos insuscetíveis de visualização dos setores privados reservados aos empregados. O empregador que deixa de observar tais critérios e instala câmera de vídeo em vestiário utilizado pelos empregados provoca dano moral resultante da afronta à intimidade desses trabalhadores, direito assegurado por preceito constitucional (art. 5º, X) e conceituado como a faculdade concedida às pessoas de se verem protegidas ‘contra o sentido dos outros, principalmente dos olhos e dos ouvidos’. A vigilância eletrônica poderá ter um futuro promissor, desde que usada de forma humana, combatendo-se os abusos na sua utilização. Instalação de aparelho audiovisual no banheiro caracteriza o que a OIT denomina ‘química da intrusão’, comportamento repudiado pelo ordenamento jurídico nacional e internacional”.

deve ser prestado , *a fortiori* tem a legitimidade para impor restrições ao exercício da profissão, ademais o direito de propriedade ou posse do espaço físico lhe permitiria incluir as câmeras.

Procurar-se-á demonstrar o equívoco dessa posição.

É de se perguntar se o executivo diretor da empresa aceitaria ter sua sala monitorada para que os acionistas pudessem controlar o exercício de sua atividade? Obviamente que não.

Deveras, o ambiente de trabalho não é por óbvio marcado exclusivamente para a prestação de serviço. Os próprios descansos intrajornadas⁴⁰⁴ deixam clara a necessidade fisiológica de parada da atividade laboral. A prevenção de lesão de esforço repetitivo também recomenda paradas, as quais não servem apenas para meditação, mas também para a interação entre os empregados.

A filmagem em ambiente de trabalho inviabiliza o surgimento espontâneo de protestos dos empregados sobre as condições de emprego⁴⁰⁵, porque não seria muito inteligente questionar as condições de trabalho diante de uma câmera.

A filmagem direcionada aos empregados parte de uma desconfiança, incompatível mesmo com a fidúcia inerente ao contrato de trabalho. A boa-fé contratual é incompatível com uma desconfiança generalizada e sem qualquer fundamento específico.

De outro lado, a filmagem para proteção do patrimônio é aceita e às vezes até estimulada como uma forma de impedir, por exemplo, a revista íntima. Como a

⁴⁰⁴ Interessante observar que a Orientação Jurisprudencial n.º 342 da Subseção 1, especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do TST, definiu que o intervalo do trabalhador para alimentação e repouso não pode ser menor do que uma hora — nem se ele mesmo quiser.

⁴⁰⁵“Um sistema de vigilância onipresente atinge o mesmo objetivo, mas com potência ainda maior. Quando o governo observa tudo o que as pessoas estão fazendo, o simples fato de organizar movimentos dissidentes é dificultado, mas a vigilância em massa também elimina a dissidência em um lugar mais profundo e mais importante: na mente, que o indivíduo treina para pensar apenas de acordo com o que é esperado dele” GREENWALD, Glenn. **Sem lugar para se esconder**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2014, p. 190.

filmagem é menos gravosa para o empregado, utiliza-se essa prova a fim de evitar a revista íntima.

O problema é que, a pretexto de filmar por questões de segurança, na verdade o empregador está vigiando o trabalho do empregado, até mesmo a quantidade de vezes que se dirige ao banheiro. Nessa hipótese, a prova é ilícita.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal⁴⁰⁶ tem um precedente muito importante, assim ementado:

REVISTA. CONCEDIDA A REVISTA. FERNANDES CADILHA

I – A instalação de sistemas de videovigilância nos locais de trabalho envolve a restrição do direito de reserva da vida privada e apenas poderá mostrar-se justificada quando for necessária à prossecução de interesses legítimos e dentro dos limites definidos pelo princípio da proporcionalidade.

II – O empregador pode utilizar meios de vigilância à distância sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens, devendo entender-se, contudo, que essa possibilidade se circunscreve a locais abertos ao público ou a espaços de acesso a pessoas estranhas à empresa, em que exista um razoável risco de ocorrência de delitos contra as pessoas ou contra o património.

III – Por outro lado, essa utilização deverá traduzir-se numa forma de vigilância genérica, destinada a detectar factos, situações ou acontecimentos incidentais, e não numa vigilância directamente dirigida aos postos de trabalho ou ao campo de acção dos trabalhadores;

IV – Os mesmos princípios têm aplicação mesmo que o fundamento da autorização para a recolha de gravação de imagens seja constituído por um potencial risco para a saúde pública que possa advir do desvio de medicamentos do interior de instalações de entidade que se dedica à actividade farmacêutica;

V- Nos termos das precedentes proposições, é ilícita, por violação do direito de reserva da vida privada, a captação de imagem através de câmaras de vídeo instaladas no local de trabalho e direccionadas para os trabalhadores, de tal modo que a actividade laboral se encontre sujeita a uma contínua e permanente observação.

A postura definida no acórdão é interessante, uma vez que estabelece a regra da proibição de filmagens, exceptiona a questão de segurança, que é muito mais penal do que trabalhista. Sempre há, porém, de se deixar aberta a possibilidade de o caso concreto ter alguma peculiaridade a justificar um tratamento diferenciado.

⁴⁰⁶PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. AC 200602080031394. Lisboa, 18/05/2005. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/65e859e4729cc7688025712d00421026?OpenDocument>>. Acesso em 29/05/2014.

Veja-se a questão de transporte de valores, por exemplo. É uma atividade de risco em que a filmagem permanente tem também o objetivo de identificar eventuais agressores.

Convém consignar que, diferentemente do que se tem em âmbito penal, aqui o encontro fortuito de provas não será válido. Logo, se a filmagem efetuada para fins de segurança acabar por filmar um ato de desídia do empregado não poderá ser utilizada para justificar sua demissão⁴⁰⁷.

A clandestinidade das filmagens também não deve ser aceita. É indispensável que o empregado tenha conhecimento de que está sendo filmado. A boa-fé que deve inspirar a relação entre patrão e empregado inviabiliza a obtenção de provas utilizando meio clandestino⁴⁰⁸.

Por fim, deve-se destacar que não é admissível a câmera falsa, também denominada “câmera psicológica”, aquela que existe fisicamente, mas não efetua filmagens, tendo o objetivo de iludir o empregado, que fica intimidado acreditando que existe uma câmera real⁴⁰⁹ e que está sendo filmado.

⁴⁰⁷ Armando Curado afirma que, não sendo permitido ao empregador utilizar câmaras de vídeo nos locais de trabalho para vigiar o desempenho profissional do trabalhador, quaisquer registros ou gravações que o empregador obtenha sobre o desempenho profissional do trabalhador, através das câmaras instaladas, não constituem prova em procedimento disciplinar contra o trabalhador CURADO, Armando Antunes. **Manual prático de direito do trabalho**. 3. ed. Lisboa: Quid Iuris Sociedade, 2005, p.106.

⁴⁰⁸ Interessante precedente do TST demonstra a inadmissibilidade de filmagem clandestina até mesmo para apuração de irregularidades (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 569/2000-055-19-00.8. Relator Luiz Antonio Lazarim. 6ª Turma. Brasília, 10/08/2006): “A imagem do obreiro também foi vilipendiada e a prova de tal fato não se resume a confissão presumida. Restou comprovado que o banco reclamado, de forma ilegal, filmou os empregados da agência de Atalaia, inclusive o reclamante, sem a autorização dos obreiros, quando da instrução do processo administrativo. A primeira testemunha apresentada pelo reclamante, Sr. Abelardo, informou, às fs. 683/685, [...]que no dia em que prestou esclarecimento, foi filmado depois do depoimento; que quem efetivou a filmagem foi o Auditor de nome EVALDO[...];[...]que a filmagem ocorreu no CESEC-Maceió[...]; [...]que acredita que o autor foi filmado, porque todos os ouvidos foram filmados[...]. Atente-se para a firmeza das informações prestadas pela aludida testemunha e para o amadorismo de uma instituição bancária de renome na apuração interna de um ilícito! Restou comprovada, também, a ofensa à honra do reclamante, tanto em sua modalidade subjetiva - sentimento de cada um a respeito de seus atributos morais – como também, em sua modalidade objetiva - aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos intelectuais, morais, etc”.

⁴⁰⁹ Nesse diapasão, o TST decidiu que (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 78/2004-103-03-40. Relator Ricardo Machado. 4ª Turma. Brasília, 04/10/2006): “Se eventualmente eram ‘falsas’ tais câmeras [o que não foi provado], o caso se agravaria, a meu ver, porque constituiria um procedimento ardiloso e covarde [veja o depoimento do

Não se deve admitir a criação de um estado permanente de tensão no empregado, um verdadeiro panoptismo de Bentham, em que se tem a sensação permanente de estar sendo vigiado.

6.2 DA ILICITUDE DO COMPORTAMENTO DO EMPREGADOR QUE CONTRATA PESSOAS PARA FILMAR O COMPORTAMENTO DOS EMPREGADOS FORA DO AMBIENTE DE TRABALHO

“Your boss is also interested in: your behavior, especially during the times you are being paid to work. Employers are turning to cameras matched with sensor technology to monitor their employees’ whereabouts and productivity. Cameras and tracking devices gather real-time information on how teams work together and their productivity. Companies on the leading edge of this trend report that the most productive teams are close knit and speak frequently – In: person. One large company wanted to see if In: person, face-to-face time versus working at home mattered, so they had their employees wear badges that had tiny sensors installed. The sensors recorded not only employees’ movements but also the tone of their conversations. The company also derived information from workplace cameras to help round out their surveillance picture. They said the study proved to them that employees were more productive In: the office than working at home. Productivity improved by 10 percent, and the workers were happier when they were at the office (according to the sensors). In: response to these and other findings, some companies have changed the way they do business. In: 2013, Yahoo! and BestBuy announced an end to flexible-at-home work hours and said that employees must come back to the office. Data on employee productivity collected at the workplace could be beneficial, but is that data safe? And what about your privacy? Or should you assume that you have no privacy In: the workplace?”⁴¹⁰

preposto da reclamada, no processo 01262/2003, fl. 334: ‘as câmeras nos banheiros não eram acionadas, sendo apenas câmeras ‘psicológicas’; que câmeras psicológicas representam apenas o efeito de que as pessoas estariam sendo observadas’ fl. 334]. Não se pode ignorar que a empresa visava a intimidação ilegal de seus empregados, quando seu preposto declarou, textualmente, à fl. 342 [depoimento colhido no processo 01727-2003]: ‘que houve contratação para instalação de câmeras reais e psicológicas [...]’.

⁴¹⁰“Seu chefe também está interessado em seu comportamento , especialmente durante os momentos em que você está sendo pago para trabalhar . Os empregadores estão se voltando para as câmeras e para a tecnologia de sensores com a finalidade de monitorar o que fazem seus empregados e sua produtividade. Câmeras e dispositivos de rastreamento de informações em tempo real revelam como as equipes trabalham e qual a sua produtividade. As empresas que estão na vanguarda dessa tendência relatam que as equipes mais produtivas são de pessoas muito unidas que falam com frequência. Uma grande empresa quis comparar o trabalho das pessoas em ambiente

Além da fiscalização existente no ambiente profissional, é cada vez maior o número de empresas que monitoram as atividades do empregado fora do horário de trabalho.

A regra é no sentido da inadmissibilidade desse controle total sobre o empregado. Fora do ambiente de trabalho o empregado é livre para realizar as atividades de sua preferência e para utilizar o tempo como bem lhe aprouver. Não é lícito à empresa controlar a vida social do empregado.

A admissão do controle sobre o que é feito no repouso, nas férias ou fora do ambiente de trabalho implica a redução do empregado a um escravo ou a um objeto da empresa.

É de se destacar que essa fiscalização ocorre através de vários meios, como a filmagem do empregado por detetives ou mesmo pelo controle das redes sociais como o *Facebook* ou o *Twitter*.

Há de se estabelecer que essa regra pode sofrer exceções, como defendido ao longo da presente tese, a depender do caso concreto.

Exemplo recente foi a demissão do jornalista Flavio Gomes pela empresa ESPN. O jornalista esportivo em questão, fora do ambiente de trabalho, em sua conta pessoal

compartilhado com o trabalho em casa (home office), e colocou em seus funcionários crachás dotados de pequenos sensores. Os sensores gravaram não só o movimento das pessoas mas também o tom das suas conversas. A empresa também obteve informações a partir de câmeras instaladas no local de trabalho para aprimorar o contexto da investigação. Os estudos mostraram que os funcionários foram mais produtivos no escritório do que em casa. A produtividade foi superior em 10 por cento, e os trabalhadores eram mais felizes quando estavam no escritório (de acordo com os sensores). Em resposta a estas e outras descobertas, algumas empresas mudaram a forma de fazer negócios. Em 2013, Yahoo! e BestBuy anunciaram o fim da jornada de trabalho flexível em casa e reconduziram seus funcionários para o escritório. Dados sobre a produtividade dos funcionários coletados no local de trabalho pode ser benéfico, mas esses dados são seguros? E o que dizer da privacidade? Ou é caso de assumir que não existe direito à privacidade no local de trabalho?" (PAYTON, Theresa e CLAYPOOLE, Theodore. **Privacy In: the age of big data**. Maryland: Rowman e Littlefield, 2014, p. 117). (tradução nossa)

no Twitter, proferiu palavras ofensivas à torcida do Grêmio Foottbol Porto Alegre, após a marcação de um pênalti contra a Portuguesa, time pelo qual torce⁴¹¹.

Veja a importância do caso concreto: a situação do empregado nesse caso era peculiar. Mesmo fora do ambiente de trabalho a maior parte do número de seguidores do *twitter* do jornalista decorria de seus comentários esportivos que, inevitavelmente, estavam associados à ESPN.

Apesar de não ser adequado, em tese, esse monitoramento fora do ambiente de trabalho, nesse caso específico parece que a conduta da empresa não se configura abusiva, pois era impossível dissociar os comentários esportivos particulares da sua condição de jornalista esportivo de um grande veículo de comunicação.

Em outro caso interessante o TST admitiu que a empresa filmasse o empregado fora do ambiente de trabalho com o objetivo de demonstrar que o trabalhador não se encontrava inválido⁴¹². Veja-se que, também nessa hipótese, há uma peculiaridade

⁴¹¹ Em uma busca no Google encontram-se 33.800 resultados para a expressão “ESPN demite Flavio Costa”. Busca efetuada em 30 de maio de 2014.

⁴¹² BRASIL. Recurso de Revista 67400-31.2009.5.11.0019. Relator João Batista Brito Pereira. Brasília, julg. em 14/12/2011. Do voto do destaca-se: “Há que se analisar, de conseguinte, a origem das alegadas gravações, ou a sua motivação. Tendo certeza de que o Reclamante não apresentava o quadro de incapacidade por ele aventado, não restava outra alternativa, senão promover a filmagem a fim de fazer a prova em contrário dos fatos alegados. Realmente, afora a perícia médica, nem sempre infalível, não havia mesmo outro caminho para demonstrar a verdade perante o Poder Judiciário, até para impedir que este incorresse em erro, por falta de uma prova inconcussa. Alguns juízes de primeira instância que mantêm contato com os Reclamantes, já se depararam com situações em que o Autor comparece à audiência demonstrando que não têm condições de deambular, moralmente abatidos e, ao se retirarem da sala, saem lépidos e fagueiros, deixando a impressão de que, em um passe de mágica, ou por obra de Deus, todas suas mazelas foram extintas [...] Finalmente, vejamos a violação ao direito à privacidade. O Reclamante foi filmado na via pública, portanto, em locais de acesso a toda a população. Não se trata, portanto, de ambiente privado, de acesso restrito ou exclusivo. Por outro lado, a vida moderna nos tirou a privacidade de outrora. Encontram-se câmeras em todos os quadrantes de quase todas, senão todas as capitais brasileiras. Mas não é só. Nos condomínios residenciais, nos shoppings, nas lojas, nos supermercados, nos edifícios de escritórios encontram-se câmeras instaladas em todos os ângulos. Em alguns destes, aliás, só se permite a entrada, mediante fotografia na recepção. Não se ingressa nesses prédios, sem se deixar fotografar. Poder-se-ia argumentar, neste caso, que haveria a violação à imagem da pessoa. E quem ousaria recusar-se à fotografia? Certamente, não haveria opção; ou se deixa fotografar, ou não ingressa no recinto. E não importa (na análise de um direito que se pretende inviolável) quais sejam os motivos, inclusive em razão de segurança. O direito à imagem estaria violado. Ressalte-se que, atualmente, através do Google Earth (imagens obtidas através de satélite) é possível se visualizar até mesmo a área externa de nossas residências, portanto, o mundo invadiu nosso domicílio. As novas tecnologias na área da informação impuseram novos conceitos naquilo que se convencionou chamar de vida privada. George Orwell, em seu famoso romance, 1984, cunhou a expressão: 'Big Brother is Watching you' a qual está mais presente do que nunca. Mas não é só o governo que fiscaliza a vida dos cidadãos, promovendo a invasão de seus direitos; atualmente são

que é a fraude por parte do empregado sobre a sua condição de inválido, ardil que deve ser levado em consideração no momento da admissão da filmagem. A ideia de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza deve inspirar essa situação excepcional legitimadora das filmagens⁴¹³.

A utilização de detetives para seguir o empregado não pode ser admitida. Trata-se de uma grave violação à privacidade o fato de ser perseguido pelo empregador fora do ambiente de trabalho⁴¹⁴. Se a intimidade deve ser preservada dentro do ambiente de trabalho, *a fortiori*, também fora do horário de expediente. É preciso respeitar a liberdade de cada empregado, de modo que não é lícito o controle total efetuado pela empresa.

O estabelecimento de metas irrealizáveis é, muitas vezes, uma forma de estipular uma obrigação permanente para o trabalhador, pois, como Bauman⁴¹⁵ vai destacar:

Hoje, quando o centro de gravidade, sob o ônus da prova e da responsabilidade pelo resultado, foi transmitido pelos gerentes (como líderes de equipe e comandantes da unidade) para os ombros de executantes individuais, terceirizados ou transferidos lateralmente e avaliados de acordo com um padrão vendedor-comprador, e não de uma relação chefe-subordinado, o propósito é aproveitar o total da personalidade

vários seguimentos da sociedade, que, por uma ou outra razão, encontram-se na mesma circunstância”

⁴¹³ Em sentido diverso, não admitindo que o empregador possa procurar averiguar o estado real da doença do empregado, o Estatuto do Trabalhador Italiano, no artigo 5º proíbe que o empregado se utilize de seu pessoal para apurar doença ou acidente do trabalho, os quais só poderão ser investigados por meio de inspeção dos órgãos previdenciários. BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2009, p. 105.

⁴¹⁴ O TST já tem precedente sobre o tema. No site do TST encontra-se a seguinte notícia (<http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2284825>): “Um soldador receberá indenização por danos morais porque foi investigado pela empresa Estaleiro Navship Ltda. durante licença por doença profissional e transtornos psiquiátricos graves, tais como depressão e transtornos ansioso e da personalidade. A empresa contratou um detetive para verificar se ele estava trabalhando em outro local durante o tratamento de saúde. A Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho restabeleceu a condenação imposta pela 1ª Vara do Trabalho de Itajaí (SC), no valor de R\$25 mil reais, reprovando a conduta da empregadora, que invadiu a privacidade e causou temor ao empregado que, após cinco anos de atividade na empresa, estava há dois afastado por doença. Ficou comprovado nos autos que o autor, ao sair para ir à padaria com a filha, percebeu estar sendo seguido por um automóvel, no qual o passageiro portava uma câmera fotográfica apontada para eles. O carro seguiu-os, e depois permaneceu parado próximo à residência do trabalhador. No dia seguinte, a perseguição passou a ser feita por um casal em uma motocicleta, fato, inclusive, notado por um lojista, dono do estabelecimento no qual o soldador se encontrava. Temendo pela segurança própria e de sua família, principalmente após descobrir que o casal havia se hospedado em uma quitinete localizada na mesma rua em que morava, o soldador registrou boletim de ocorrência na Polícia. A ação policial flagrou os acusados e um dos detidos admitiu ser investigador particular a serviço da empresa Navship, da qual o reclamante estava licenciado para tratamento de saúde.

⁴¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 61.

subalterna e todo seu tempo de vigília para as finalidades da empresa. Trata-se de um expediente considerado, e não sem motivo, infinitamente mais conveniente e lucrativo que medidas pan-ópticas, sabidamente caras, incontroláveis, restritivas e trabalhosas. A servidão, com a vigilância de desempenho 24 horas por dia, sete dias por semana, está se tornando plena e verdadeiramente, para os subordinados, uma tarefa do tipo faça você mesmo. A construção, administração e manutenção de pan-ópticos foi transformada de passivo em ativo para chefes, previstas nas letras miúdas de todo contrato de emprego.

Apesar desse cenário amplamente desfavorável ao empregado, é preciso que o direito do trabalho possa atuar de modo a proteger de modo efetivo essa relação de emprego com a preservação possível da intimidade do trabalhador.

Por fim, cabe destacar que também o empregado não pode realizar e divulgar filmagens do ambiente da empresa sem autorização do empregador. Recentemente, uma enfermeira foi demitida após divulgar um vídeo da chegada do jogador Neymar ao hospital São Carlos, na cidade de Fortaleza, após a lesão ocorrida no jogo contra a Colômbia na XX Copa do Mundo de Futebol.

Efetivamente, a enfermeira não tinha legitimidade para divulgar a imagem de nenhum paciente, uma vez que tal medida atinge o direito à intimidade.

6.3 DAS CÂMERAS EM SALA DE AULA DO ENSINO FUNDAMENTAL COMO LIMITADOR DO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA. O LITTLE BROTHER É INCONSTITUCIONAL.

“O problema da educação no mundo moderno está no fato de, por sua natureza, não poder esta abrir mão nem da autoridade, nem da tradição, e ser obrigada, apesar disso, a caminhar em um mundo que não é estruturado nem pela autoridade nem tampouco mantido coeso pela tradição.”⁴¹⁶

A sala de aula é um ambiente complexo, uma vez que pode ser interpretada como ambiente de trabalho do professor, mas não deve ser reduzida a esse aspecto, pois envolve também toda a dinâmica da relação professor-aluno e aluno-aluno.

⁴¹⁶ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2011, p 245.

No ensino fundamental, a sala de aula tem um papel diferenciado. Há uma grande preocupação sobre os efeitos inibidores ao desenvolvimento dos alunos pela utilização de câmeras em sala de aula ⁴¹⁷.

É comum encontrarmos propaganda na qual é apontada como diferenciador da escola infantil a possibilidade de os pais acessarem da sua casa, através do computador, o ambiente da sala de aula da criança e, assim, acompanhar *online* o desenvolvimento e o comportamento do seu filho na escola. Há cada vez mais a necessidade de os pais, controlados permanentemente no seu trabalho, controlarem seus filhos.

A necessidade de instalar câmera em sala de aula é o fracasso de uma política pedagógica que não consegue fazer com que o aluno tenha consciência da necessidade de desenvolver suas habilidades e competências, precisando, para tanto, de uma ameaça tecnológica a fim de que possa pelo menos se comportar.

A inibição de momentos transgressores em sala de aula tem o efeito perverso de não preparar o aluno para as diversas realidades da vida. No microcosmo escolar são comuns embates e conflitos, de forma que tudo isso pode ficar sufocado pela presença contínua da câmera de vídeo ⁴¹⁸.

⁴¹⁷ A educadora Eloíza de Oliveira, diretora da Faculdade de Educação da UERJ, explica quais as consequências que uma criança pode ter, ao se desenvolver numa sala de aula vigiada por câmeras: "Primeiro: você pode ter pessoas terrivelmente submissas, que são acostumadas a serem fiscalizadas, vigiadas o tempo todo. Segundo: você pode ter pessoas com uma rebeldia latente, aqueles que estão sempre buscando burlar, estão sempre buscando transgredir. E a terceira, é o não desenvolvimento do próprio conceito de disciplina. O sujeito fica sempre dependente de alguém que mande fazer. Se não tiver alguém mandando ele fica perdido. Completamente perdido em termos de moral e disciplina". FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo**: o fim da privacidade. São Paulo: Axis Mundi, 2006, p. 162.

⁴¹⁸ "Outra pergunta surge: Será que se nós soubermos que estamos sendo vigiados, teremos as mesmas atitudes? Tomaremos as mesmas decisões? Teremos o mesmo desprendimento, a mesma ousadia? Ou seremos apenas um espelho das regras de quem está por trás das câmeras? Com o passar do tempo, nossas crianças se adaptarão ao novo ambiente da sociedade vigiada e acharão normal mais esta forma de invasão de nossa privacidade e conseqüentemente, essa restrição da nossa liberdade de ação. Mas como será que vamos nos dar com este "novo indivíduo" que criamos sob um forte olhar controlador e, conseqüentemente, com uma carga bem maior de vigilância, que jamais foi aplicada às gerações anteriores? É impossível prever os impactos futuros causados nessa geração de indivíduos que, mais adiante, deixarão de ser "controlados" e passarão, quando crescerem, à posição de "controladores". Se teremos perdas ou ganhos a partir da nova escola que estamos construindo, só saberemos com o passar do tempo, correndo o perigo de não termos mais como voltar atrás caso tenhamos cometido um erro. Mahatma Gandhi alertou uma vez: "A liberdade

Ademais, o clima permanente de desconfiança não é saudável para a formação discente. O aluno precisa ter capacidade de discernir qual o comportamento adequado ou equivocado através da educação e não pela presença de uma câmera. O erro faz parte do processo de aprendizagem, não se pode, através da colocação de câmeras, tentar suprimir o erro, que tem um caráter pedagógico inegável⁴¹⁹. A tentativa de simular um ambiente sem dissenso é opressora para o aluno.

A Constituição Federal prevê no artigo 206 que o ensino será ministrado com base no princípio da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento. São objetivos da Republica Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, normas que são incompatíveis com a instalação de câmeras na sala de aula.

Se existem problemas de segurança em escolas públicas ou privadas, o caminho para a solução da questão é atingir as causas dessa violência e não a aposição de câmeras que não enfrentam o cerne do problema e têm um potencial devastador na liberdade dos alunos.

Evidentemente que as câmeras também têm um potencial intimidador sobre o professor. A liberdade de cátedra é manietada quando há um controle permanente sobre o que, quando e como é dito pelo professor.

Se na escola fundamental é inviável a câmera, também no ensino superior, que deve tomar como ponto de partida o aluno como sujeito protagonista da busca pelo conhecimento. A sala de aula é considerada apenas um momento de sistematização

não tem qualquer valor se não inclui a liberdade de errar."FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo**: o fim da privacidade. São Paulo: Axis Mundi, 2006, p. 164.

⁴¹⁹ São interessantes as teorias de Bachelard, que ficou conhecido como o filósofo do não. A compreensão de que toda hipótese é provisória e de que a ciência evolui a partir de erros retificados da história, cabendo ao pesquisador não deixar morrer o espírito científico, ou seja, realçando sua capacidade de perguntar, questionando e não aceitando as hipóteses vigentes como verdades absolutas, é o caminho adequado para a evolução da ciência e é uma postura tão difícil de ser seguida. O erro é um elemento do progresso científico e do desenvolvimento do aluno.

do saber já procurado e refletido pelo aluno, onde deve ser considerada inadmissível a utilização de câmeras.

Efetivamente, essas câmeras buscam recuperar a autoridade que outrora existia na sala de aula. Essa crise de autoridade não é tão recente. Hannah Arendt⁴²⁰ destacava que:

O sintoma mais significativo da crise, a indicar sua profundidade e seriedade, é ter ela se espalhado em áreas pré-políticas tais como a criação dos filhos e a educação, onde a autoridade no sentido mais lato sempre fora aceita como uma necessidade natural, requerida obviamente tanto por necessidades naturais, o desamparo da criança, como por necessidade política, a continuidade de uma civilização estabelecida que somente pode ser garantida se os que são recém-chegados por nascimento forem guiados através de um mundo preestabelecido no qual nasceram como estrangeiros.

Somada à crise de autoridade existe uma crise sobre a noção de cultura⁴²¹. Essa perda de valores típica de nosso atual momento histórico faz com que seja cada vez mais difícil o papel dos docentes, pois precisam conviver com o constante paradoxo entre o saber utilitarista exigido pelo mercado e a verdadeira Paideia⁴²².

⁴²⁰ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 128. Talvez essa permanente exposição de todos colabore para a perda de autoridade, pois como Alain de Botton afirmou, “Mesmo que um homem venha a se tornar um portento aos olhos do mundo, sua esposa e seu camareiro continuarão a não perceber nada de extraordinário nele. Poucos homens foram maravilhas para suas famílias” (DE BOTTON, Alain. **As consolações da filosofia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2001, p. 187).

⁴²¹ Vargas Llosa destaca (VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 27): “Para essa nova cultura são essenciais a produção industrial maciça e o sucesso comercial. A distinção entre preço e valor se apagou, ambos agora são um só, tendo o primeiro absorvido e anulado o segundo. É bom o que tem sucesso e é vendido; mau o que fracassa e não conquista o público. O único valor é o comercial. O desaparecimento da velha cultura implicou o desaparecimento do velho conceito de valor. O único valor existente agora o fixado pelo mercado”.

⁴²² Viktor Salis afirma: “A Paideia buscava essa formação ética que se fundava na construção da consciência- não intelectual, mas ética-, buscando o direito natural cósmico de nascer, viver e morrer com dignidade e honra. Nossa educação é inconsequente como a criança, além de cega para essas questões, enquanto na Paideia era a primeira coisa que se perseguia, relegando a alfabetização e o conhecimento para o segundo plano. Era o que Sócrates chamava de educação da virtude, ou seja, o reconhecimento do valor supremo da vida e da sua preservação com dignidade. Só muito mais tarde é que tinha início o aprendizado da escrita. Os antigos sabiam muito bem que o conhecimento, por si só, jamais preservaria e cultivaria esse bem precioso chamado vida, que ele de nada valeria sem ética. Já no século VI A.C, Píndaro alertava os mestres: A sabedoria é o conhecimento temperado pela ética”. SALIS, Viktor. **Mitologia viva**. São Paulo: Nova Alexandria, 2011, p.153.

A sala de aula filmada é opaca,⁴²³ refletindo não aquilo revelado pela câmera, mas, especialmente, aquilo que deixa de acontecer em virtude das câmeras, transformando-nos em conhecedores de uma ilusão, de uma fachada, ou seja, revelamos o que não existe e escondemos a nossa própria realidade.

Deve-se, ao final, fazer uma exortação no sentido de que o espaço de sala de aula, ao invés de violar direitos humanos, tenha uma educação voltada para os direitos humanos.

É muito difícil a tarefa de educar. A complexidade humana é bem relatada por Edgar Morin⁴²⁴:

Somos seres infantis, neuróticos, delirantes e também racionais. Tudo isso constitui o estofo propriamente humano. O ser humano é um ser racional e irracional, capaz de medida e desmedida; sujeito de afetividade intensa e instável. Sorri, ri, chora, mas sabe também conhecer com objetividade; é sério e calculista, mas também ansioso, angustiado, gozador, ébrio, extático; é um ser de violência e de ternura, de amor e de ódio; é um ser invadido pelo imaginário e pode reconhecer o real, que é consciente da morte, mas que não pode crer nela; que secreta o mito e a magia, mas também a ciência e a filosofia; que é possuído pelos deuses e pelas Ideias, mas que duvida dos deuses e critica as ideias; nutre-se dos conhecimentos comprovados, mas também de ilusões e quimeras. E quando, na ruptura de controles racionais, culturais, materiais, há confusão entre o objetivo e o subjetivo, entre o real e o imaginário, quando há hegemonia de ilusões, excesso desencadeado, então o 'Homo demens' submete o 'Homo sapiens' e subordina a inteligência racional a serviço de seus monstros.

Reconhecida a ambiguidade da natureza humana, a filmagem em sala de aula é no fundo uma tentativa de uniformizar um único caminho, uma única resposta que sempre é opressora. O que aparentemente se ganha em segurança com as filmagens é perdido com a diminuição da liberdade do aluno e do professor.

⁴²³ Garapon lembra que: "O enfraquecimento das autoridades instituídas corresponde à perda da soberania da democracia. Jamais as sociedades invocaram tanto a transparência e nunca foram elas próprias tão opacas. Nossa sociedade, dona de uma hipervisão, perde toda a sua visibilidade. Um paralelo pode ser estabelecido com nossa sociedade hiperjurisdicionalizada, que perdeu o sentido do direito, isto é, da medida e da obrigação". GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 93.

⁴²⁴ MORIN, Edgar. **Os setes saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez. 2005, p. 59.

CONCLUSÃO: A PRIVACIDADE MOTIVADA. O DIREITO À PRIVACIDADE NÃO É ABSOLUTO, DEVENDO PREVALECER SE EXISTIR UM FUNDAMENTO LEGÍTIMO NO CASO CONCRETO.

Em uma corrida de *cross-country*, o queniano Abel Mutai, medalha de ouro nos três mil metros com obstáculos em Londres, estava a pouca distância da linha de chegada e, confuso com a sinalização, parou para posar para fotos pensando que já havia cumprido a prova. Logo atrás vinha outro corredor, o espanhol Ivan Fernández Anaya. E o que fez ele? Começou a gritar para que o queniano ficasse atento, mas este não entendia que não havia ainda cruzado a linha de chegada. O espanhol, então, o empurrou em direção à vitória. Bom, afora o ato incrível de *fair play*, há uma coisa maravilhosa que aconteceu depois. Com a imprensa inteira ali presente, um jornalista, aproximando o microfone do corredor espanhol, perguntou: “Por que o senhor fez isso?”. O espanhol replicou: “Isso o quê?”. Ele não havia entendido a pergunta – e o meu sonho é que um dia possamos ter um tipo de vida comunitária em que a pergunta feita pelo jornalista não seja mesmo entendida –, pois não pensou que houvesse outra coisa a ser feita que não aquilo que ele fez. O jornalista insistiu: “Mas por que o senhor fez isso? Por que o senhor deixou o queniano ganhar?”. “Eu não o deixei ganhar. Ele ia ganhar”. O jornalista continuou: “Mas o senhor podia ter ganho! Estava na regra, ele não notou [...]”. “Mas qual seria o mérito da minha vitória, qual seria a honra do meu título se eu deixasse que ele perdesse?”. E continuou, então, dizendo a coisa mais bonita que eu li envolvendo a questão ética do cotidiano: “Se eu ganhasse desse jeito, o que ia falar para a minha mãe?”⁴²⁵

Um dos mais sérios problemas que o excesso de câmeras provoca é a dúvida se o ato foi praticado pela consciência moral ou se, ao contrário, apenas revelou um temor à câmera.

Essa diferença na motivação da decisão de praticar ou não o ato é fundamental, pois revela o grau de civilidade e respeito a normas ou não de determinado cidadão.

O episódio narrado na epígrafe traz à baila uma discussão muito importante e antiga: o confronto entre o legal e o justo. Do ponto de vista jurídico, a vitória do corredor espanhol estaria dentro das regras, mas, do ponto de vista daquilo que

⁴²⁵CORTELLA, Mario Sergio; BARROS FILHO, Clóvis. **Ética e vergonha na cara**. Campinas: Papirus, 2014, p. 10.

esperamos como comportamento de uma sociedade ideal⁴²⁶, das regras de cortesia, a decisão do espanhol foi a melhor?

É parte do conceito da moral a possibilidade de fazer escolhas⁴²⁷. O direito positivo⁴²⁸ deve ser respeitado como regra, mas não se pode esquecer a justiça e o caso concreto para delimitar o problema.

A nossa Constituição garante a privacidade, mas não fala nada sobre filmagens. Deve-se, então, procurar extrair a melhor interpretação possível para equacionar esse problema.

A própria palavra “privacidade” é porosa e mutável e não se sujeita a uma definição definitiva. Garret Keizer⁴²⁹ lembra que:

Nor does the Supreme Court have the last word. Privacy is not the exclusive provenance of jurists and legal scholars any more than words belong to lexicographers or apples to nutritionists. Privacy is a collective work in progress.⁴³⁰

⁴²⁶ É preciso fazer com que o direito seja vivo e não uma mera abstração. Tobias Barreto destaca que: “É preciso levar a convicção ao animo dos opiniáticos. Não se crava o ferro no âmago do madeiro com uma só pancada de martello. É mister bater, bater cem vezes e cem vezes repetir: o direito não é um filho do ceo, é simplesmente um phenomeno histórico, um producto cultural da humanidade. *Serpens nisi serpetem comederit, non fit draco* - a serpe que não devora a serpe, não se faz dragão, a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força, que matou a própria força”. BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 354.

⁴²⁷ Clovis de Barros Filho afirma que as escolhas são difíceis. Escolher entre o bom e o bom é ruim (é até engraçado afirmar isso), porque a pessoa tem que jogar um bom fora; escolher entre o ruim e o ruim é horrível, porque ela tem que ficar com um ruim. A única escolha confortável é entre o bom e o ruim, mas isso já nem é uma escolha CORTELLA, Mario Sergio; BARROS FILHO, Clóvis. **Ética e Vergonha na cara**. Campinas: Papirus, 2014, p. 65.

⁴²⁸ Radbruch lembra que: “El positivismo há desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrário y delictivo. El positivismo, además, no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas La validez de las leyes. Tal concepción cree Haber demostrado La validez de La ley solo con señalar el poder de su vigência. Pero en el poder se puede quizá fundar un ‘ tener que’ (müssen) pero nunca un ‘ deber’ (sollen) o un ‘ valor’ (gelten). Estos se fundan más bien en un valor inherente en la ley. En verdad, toda ley positiva lleva consigo un valor, sin consideración de su contenido: es siempre mejor que ninguna ley, ya que crea al menos seguridad jurídica”. RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 35.

⁴²⁹ KEIZER, Garret. **Privacy**. New York: Picador, 2012, p. 65.

⁴³⁰ “A Suprema Corte tampouco tem a última palavra. Privacidade não é a propriedade exclusiva de juristas, assim como palavras não pertencem a lexicógrafos e maçãs a nutricionistas. Privacidade é um conceito em desenvolvimento”.

Dado que a legislação é obra humana, e dado que é impossível alcançar a perfeição, ela jamais será definitiva e completa⁴³¹. Não existe nem haverá uma legislação perfeita e definitiva posto ser obra humana.

O intérprete deve esperar, então, a próxima lei⁴³², ou já deve tentar fazer a justiça diante do caso concreto? A certeza da insuficiência do Estado de Direito⁴³³ para solução de todos os problemas da condição humana não deve significar o total abandono das vantagens conquistadas a partir de lutas históricas de sua formação.

Talvez, desistindo de criar um sistema perfeito possa ficar mais fácil a compreensão da importância do caso concreto. A injustiça do caso é um fator decisivo para o intérprete do direito. E a injustiça é algo que podemos perceber desde a infância, pois, como Amartya Sen⁴³⁴ lembra:

No pequeno mundo onde as crianças levam sua existência, diz Pip em *great expectations* de Charles Dickens, não há nada que seja percebido e sentido tão precisamente quanto a injustiça. Espero que Pip esteja certo: ele recorda vividamente, depois de seu humilhante encontro com Estella, a coerção caprichosa e violenta que sofreu quando criança nas mãos da própria irmã. Mas a percepção firme de injustiças manifestas também se aplica aos seres humanos adultos. O que nos move, com muita sensatez, não é a compreensão de que o mundo é privado de uma justiça completa –

⁴³¹ Baumann lembra que: “A era moderna foi também uma era de destruição. A busca da perfeição exigia erradicar, eliminar e livrar-se de inumeráveis seres humanos que não se adequavam num esquema perfeito de coisas. A destruição era a própria substância da criação: destruir as imperfeições era condição – tanto suficiente quanto necessária- para se preparar o caminho que levava à perfeição. A história da modernidade, e particularmente de seu desenredo no século XX, foi a crônica da destruição criativa. As atrocidades que assinalam o curso desse século curto (como o chamou Eric Hobsbawm fixando seu verdadeiro início em 1914 e seu verdadeiro fim em 1989) nasceram do sonho de limpeza, pureza, clareza e transparência da perfeição final”. BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 79.,

⁴³² “E deste modo, o plano legislativo torna-se fluido, oscilante, contraditório, quase experimental. Talvez, de facto, o tempo das normas esculpidas no mármore, na síntese luminosa de Franco Cordero, pertença irremediavelmente a uma época sem retorno – tornámo-nos todos servos do upgrade, esperando do novo programa as virtualidades que não soubemos encontrar no anterior”. (SEIÇA, Alberto Medina. Legalidade da prova e reconhecimento atípicos em processo penal: notas à margem da jurisprudência quase constante. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et alii* (Org.) **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1.389).

⁴³³ Otto Pfersmann afirma que (PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92): “O ideal do Estado de Direito forte é inacessível por várias razões: a) É, trivialmente, impossível produzir uma realidade ideal mais rica que o real, pois ela deveria prever todas as situações de atualizações possíveis; b) A segunda razão pertence à extrema dificuldade que representa a eliminação, mesmo parcial, da indeterminação da linguagem comum, usada na formulação das normas. Toda nova precisão reintroduz assim, facilmente, novas indeterminações; c) Enfim, a estrutura hierárquica constitutiva do sistema jurídico se opõe à sua determinação ideal”.

⁴³⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 9.

coisa que poucos de nós esperamos –, mas a de que a nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar.

Essa busca por justiça não significa que o juiz tenha poderes para, em exercício de metonímia, transformar qualquer decisão em justiça, pelo simples fato de ter sido invocada a justiça. O juiz tem que, fundamentadamente, atuar como Hermes⁴³⁵ intermediando a justiça (quase divina) com as leis (humanas). Nesse diapasão, Zagrebelsky⁴³⁶ lembra que:

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

A questão é como será realizada essa interpretação. A mitologia grega lembra a atuação de Procusto, filho de Poseidon, que tinha uma cama de ferro⁴³⁷ e todos os viajantes que fossem dormir na cama ou eram esticados ou tinham as pernas amputadas até nela caberem. Esse é o grande risco do intérprete: o de entender que o direito deve se adequar à sua medida, seja esticando, seja cortando o texto legal.

A visão solipsista deve ser evitada, preferências pessoais ou inclinações ideológicas não podem ser chamadas de Direito pelo simples fato de terem sido prolatadas pelo juiz ao julgar um caso concreto. Não se deve ter a ilusão da objetividade do ser humano⁴³⁸, mas é preciso que exista um controle real sobre as razões de decidir. O

⁴³⁵ Há várias discussões e metáforas sobre o papel do juiz, ver o texto de François Ost: “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez”. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa**, cuadernos de filosofía del derecho, n. 14, Alicante, 1993.

⁴³⁶ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2008, p. 153.

⁴³⁷“Na verdade, ele possuía duas camas, uma era muito comprida e a outra muito curta. Metia as pessoas altas nesta última e cortava-lhes o que sobrava no comprimento. De forma idêntica, metia os que eram baixos na cama grande e esticava-os até ficarem do tamanho dela. Todos os que passaram pela medição acabaram mortos. Teseu obrigou Procrustes a ir para cima da cama pequena e mediu-o e aparou-o até morrer”. (Mitologia. Mitos e lendas do mundo. China: Character, 2012, p. 154).

⁴³⁸Ricardos Almagro destaca que: “O ser humano é o único ente que, em seu ser, tem um mundo, no sentido de que está atrelado a uma tradição que herda e que, ao mesmo tempo, vai reconstruindo. É dessa conversa com a tradição que os sentidos se desvelam, razão pela qual, não se pode pretender uma objetividade estéril, nem mesmo para o cientista do Direito. Ele e também o órgão de aplicação do Direito, e ainda aquele que apenas obedece às normas jurídicas, estão unidos desse substrato

juiz não está só compelido a decidir, pela proibição de *non liquet*, ele está obrigado a decidir bem, a encontrar a melhor solução possível ou mesmo a resposta correta⁴³⁹.

A grande dificuldade está não no controle da resposta (que é uma consequência), mas sim no controle do porquê dela⁴⁴⁰. Em outras palavras, o controle da razão de decidir⁴⁴¹.

Amartya Sen⁴⁴² conta um curioso caso, que deve ser transcrito:

Três crianças e uma flauta: um exemplo. No coração do problema específico de uma solução imparcial única para a escolha da sociedade

histórico que conduz ao que denominamos pré-compreensão, a qual, longe de ser um problema para a compreensão do Direito, é uma condição de possibilidade dela. Essa situação hermenêutica do sujeito estabelece um horizonte que projeta um raio de visão compreensiva. A busca frenética por uma objetividade científica descola o direito da realidade. Pretender ver o intérprete como uma mônada, isolada do mundo e da história, capaz de apreender a realidade afastando-se dela, é uma pretensão absurda. O homem é um ser histórico e é pela e na história que trava contato com os entes intramundanos”. CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Hermenêutica jurídica em Kelsen*. **Revista de Informação Legislativa**, ano 45, n. 180. out/dez/2008 p. 289.

⁴³⁹ Não se adota o conceito de resposta correta como sendo o conteúdo da resposta, mas sim o estabelecimento adequado das premissas e do procedimento para decidir. Coura e Bedê afirmam (COURA, Alexandre; BEDÊ JUNIOR, Américo. Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito?. **Revista del derecho de Valparaiso**, XLI, Chile 2013, 2 semestre, p. 693): “Deve ser levada a sério a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. A resposta correta não é um dado *a priori*, que se encontra num julgado, livro ou nas convicções do julgador, mas sim um processo que leva em conta as peculiaridades do caso concreto e do direito, não a compreensão solipsista do julgador, mas sim a intersubjetividade da comunidade de juristas. Não é fácil limitar a si mesmo, mas o juiz deve reconhecer os limites de sua interpretação e aceitar que nem todas as suas legítimas compreensões do mundo serão validadas pelo direito. É fundamental reconhecer a diferença entre o que direito deveria ser para aquilo que o direito realmente é (naquele instante do caso), não se pode, a pretexto de fundamentar ou argumentar, admitir que o direito seja aquilo que o julgador quer que ele seja, pois há uma distinção entre o juiz e o direito”.

⁴⁴⁰ É fundamental ampliar a participação das partes no debate jurídico que irá determinar o resultado da decisão do processo. A ideia de fixar o contraditório obrigatório até mesmo para as questões de ordem pública tem essa virtude. O juiz não pode julgar sem dar às partes ciência e oportunidade de manifestação sobre a razão de decidir, mesmo que seja uma matéria de ordem pública. A ampliação da figura do *amicus curiae* do processo de controle abstrato das normas para o processo coletivo vem também nesse desiderato de maior discussão das razões de decidir.

⁴⁴¹ Pérez Juño destaca que: “La exigencia de argumentación racional no garantiza el acierto de la decisión judicial. el TC advierte que el procedimiento argumentativo contribuye a que las decisiones judiciales se elaboren según pautas de racionalidad formal, pero sin que ello necesariamente entrañe que el resultado de esas inferencias racionales represente la justicia material Como ejemplo significativo de esta orientación, puede valer cuanto se indica en la siguiente decisión Del TC, em la que se sostiene que <el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 CE conlleva el derecho a obtener una resolución fundada em derecho em relación a la pretensión formulada ante el Juez competente, el cual debe aplicar de manera motivada las normas jurídicas aplicables y resolver razonadamente la cuestión que se le plantea, pero el artículo 24.1 CE no garantiza el acierto del órgano judicial em cuanto a la solución Del caso concreto. (STC 55/1993, FJ 5).” LUNO, Antonio-Enrique Pérez. **Nuevos retos del estado constitucional**: valores, derechos, garantías. Madrid: Universidad de Alcalá. 2010, p 29

⁴⁴² SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 43.

perfeitamente justa, está a possível sustentabilidade de razões de justiça plurais e concorrentes, todas com pretensão de imparcialidade, ainda que diferentes – e rivais – umas das outras. Permitam-me ilustrar o problema com um exemplo em que você tem de decidir qual dentre três crianças – Anne, Bob e Carla – deve ficar com uma flauta pela qual estão brigando. Anne reivindica a flauta porque ela é a única que sabe tocá-la (os outros não negam esse fato) e porque seria bastante injusto negar a flauta à única pessoa que realmente sabe tocá-la. Se isso fosse tudo o que você soubesse, teria uma forte razão para dar a flauta à primeira criança. Em um cenário alternativo, é Bob que se manifesta e defende que a flauta seja dele porque, entre os três, é o único tão pobre que na possui brinquedo algum. A flauta lhe permitiria brincar (os outros dois admitem que são mais ricos e dispõem de uma boa quantidade de atrativas comodidades). Se você tivesse escutado apenas Bob, teria uma forte razão para dar a ele a flauta. Em outro cenário alternativo, é Carla quem observa que ela, usando as próprias mãos, trabalhou zelosamente durante muitos meses para fazer a flauta (os outros confirmam esse fato) e só quando terminou o trabalho, “só então”, ela reclama, “esses expropriadores surgiram para tentar me tirar a flauta”. Se você só tivesse escutado a declaração de Carla, estaria inclinado a dar a ela a flauta em reconhecimento a sua compreensível pretensão a algo que ela mesma fez. Tendo ouvido as três crianças e suas diferentes linhas de argumentação, você terá de fazer uma difícil escolha. Teóricos com diferentes convicções – como os utilitaristas, os igualitaristas econômicos ou os libertários pragmáticos – podem opinar que existe uma solução evidente em nossa frente e que não é difícil enxergá-la. Contudo, é quase certo que cada um veria uma solução totalmente diferente como a obviamente correta.

O problema está, então, na eleição do critério da decisão⁴⁴³. A grande pergunta está em estabelecer qual o melhor critério. A definição do critério é a definição do resultado. Será a preponderância da lei, do juiz, da justiça, de um corpo de anciões,

⁴⁴³ Landesman lembra que: “O fato de haver forte discordância entre aqueles que investigam o critério de verdade significa que precisamos de um argumento, para qualquer critério proposto, de que ele seja realmente um critério. Que razão temos para pensar que qualquer proposição que satisfaça C é verdadeira ou mesmo provavelmente verdadeira? Sem uma razão ou argumento em seu favor, C não tem plausibilidade, seja ela qual for. Mesmo que C esteja bem firmado em nosso pensamento habitual, isso apenas mostra que C é uma ideia preconcebida bem firmada, não um sinal confiável de verdade. Sexto oferece um argumento geral no sentido de que não pode existir nenhum argumento epistemicamente sólido para um critério e que, portanto, a única posição razoável é suspender todas as nossas crenças sobre realidades externas: Esta disputa, pois eles (que trataram do critério) declararão ter ou não possibilidade de decisão; e se eles disserem que ela não tem possibilidade de decisão estarão reconhecendo no mesmo instante a propriedade da suspensão do juízo, ao passo que, se disserem que ela admite uma decisão, que nos digam por que meio ela deve ser decidida, uma vez que não temos nenhum critério aceito, e nem sequer sabemos, mas ainda estamos investigando, se existe algum critério. Além disso, para decidir a disputa que surgiu a respeito do critério, precisamos possuir um critério aceito pelo qual possamos julgar a disputa; e, para possuir um critério aceito, a disputa sobre o critério precisa primeiro ser decidida. E quando o argumento, desse modo, se reduz a uma forma de raciocínio circular, a descoberta do critério torna-se impraticável, já que não permitimos a eles adotar um critério por suposição e, por outro lado, se eles propuserem julgar o critério por um critério, nós os forçaremos a uma regressão *ad infinitum*. E, além do mais, como a demonstração requer um critério demonstrado, enquanto o critério requer uma demonstração aprovada, eles serão forçados ao raciocínio circular”. SEXTO EMPÍRICO, 1955, II, 19-20 *apud* LANDESMAN, Charles. Ceticismo. São Paulo: Loyola, 2006, p. 90.

de um plebiscito? A nossa tese é a de que essa resposta só pode ser dada a partir da tópica, do caso concreto.

Em outras palavras, apenas é possível apontar o melhor critério de justiça e do Direito a partir do caso concreto e não em abstrato. É elemento da escolha do critério o caso concreto. Ele conformará a escolha. Ademais, o Direito tem por missão primeira servir de critério para a solução do caso concreto, a dificuldade está em que a solução depende do problema.

Não significa que a lei não tenha importância. Ao contrário, a regra geral continuará valendo para a generalidade dos casos. Não existindo nenhum fator de *discrimen* que justifique um *distinguishing*, ela será aplicada. É necessária uma releitura da teoria das fontes do Direito⁴⁴⁴.

Há um direito constitucional à privacidade, mas no caso concreto ele só se justifica se for motivado. Havendo um motivo relevante é possível afastar a intimidade sem que se fale em violação de direitos, justamente porque significa que naquele caso não há a incidência da intimidade, daí porque seria equivocado falar em violação à intimidade.

Efetivamente, presenciamos hipóteses em que a intimidade deveria prevalecer, mas, na prática, há a sua violação. Reconhece-se, nessa situação, a insuficiência da reparação de danos, devendo o sistema jurídico criar mecanismos mais eficazes de tutela preventiva de preservação da privacidade.

No plano abstrato, procurou-se aqui diferenciar a situação no âmbito penal, civil e trabalhista. Deveras, em tese é possível estabelecer padrões diferentes para esses ramos do direito.

⁴⁴⁴ Miguel Reale afirmava que: “É necessário dizer algo mais sobre as fontes do direito, que são sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de um poder de decidir sobre o seu conteúdo, o que equivale a dizer um poder de optar entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é declarada obrigatória, quer *erga-omnes*, como ocorre nas hipóteses da fonte legal e consuetudinária, quer *inter partes*, como se dá no caso da fonte jurisdicional ou na fonte negocial [...] o essencial, porém, é ter presente que, sem poder de decidir, não se pode falar em fonte do direito”. REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11.

O estabelecimento de um padrão geral de aceitação das filmagens em matéria penal é efetuado a partir da compreensão da sociedade de risco, em que se apontaram algumas situações como flagrante de crime, crimes de corrupção, crimes contra a humanidade que estabelecem o entendimento de que não existe o direito de intimidade nessas situações. Há um conseqüência lógico entre a validade das filmagens e a necessidade de proteção.

Na seara civil há uma maior preponderância do caso concreto, fazendo com que a intimidade seja preservada também se existir um fundamento para tanto.

A esfera trabalhista é aquela em que há o maior confronto entre o que se vê no mundo da vida e a presente tese. Há ainda a esperança de que o trabalhador possa ter sua intimidade respeitada no ambiente de trabalho, apesar de hoje não ser mais essa a realidade na maior parte das empresas.

A ideia central da presente tese é, portanto, como dito anteriormente, a necessidade de afirmar que a adoção de câmeras não significa em absoluto a violação da intimidade, salvo na esfera trabalhista. A privacidade só existe nos dias atuais se for motivada. É preciso reconhecer a privacidade não apenas na sua feição individual, mas social.

Esse aspecto social da privacidade deve ser visto em um duplo aspecto: primeiro, como uma necessidade de qualquer sociedade, e, segundo, como o reconhecimento da possibilidade de o interesse social justificar o afastamento da privacidade individual. A título de exemplo, pode-se afirmar que a privacidade não pode servir para encobrir crimes.

A alegação do *nemo tenetur se detegere* também não é válida para impedir as filmagens, bem como os crimes contra a humanidade e a corrupção são hipóteses em abstrato que justificam a utilização desse meio de prova.

Após a pesquisa, todavia, verificou-se a impossibilidade de definir em abstrato⁴⁴⁵ o melhor critério. É insuficiente a mera menção às fontes do Direito⁴⁴⁶, que indicam um caminho, mas não são capazes de explicar eventuais desvios provocados por contingências da realidade. Daí, como comentado, a importância do caso concreto para a justiça da decisão.

A adoção da tópica com a preponderância da pergunta sobre a resposta e a busca de uma solução justa, assim como a noção da transitoriedade do conhecimento científico, nos leva a concluir, após a exposição de nossa solução provisória⁴⁴⁷, com a pergunta inicial da presente tese: qual o critério para a validação das provas obtidas mediante a filmagem, no discurso do judiciário, considerando o direito fundamental a privacidade e as características da sociedade de risco, espetáculo e consumo em que vivemos, e na qual o Estado e os particulares filmam constantemente todos os indivíduos? É impossível acabar com as filmagens no mundo atual, então precisamos controlar a divulgação dessas filmagens. Se a privacidade não tem mais força para impedir a filmagem, deve, pelo menos, inviabilizar a publicação ou utilização dessas filmagens.

A solução passa pela tópica, é casuística. Efetivamente, o sentido das palavras somente pode ser, relativamente, determinado em um contexto. Todos os três tradicionais elementos do conhecimento, reduzem a angustiante complexidade: os textos, os sentidos a eles atribuídos, e o evento, que é único.

Em inúmeros casos é impossível encontrar uma objetividade semântica no texto da lei ou na própria jurisprudência. Nessas situações, deve ser efetuado um controle

⁴⁴⁵ Devemos lembrar o risco da discussão em abstrato, Adeodato lembra que: “Uma das grandes armas utilizadas pela linguagem decisória em sua função como instrumento de dominação é assim a generalização, a ampliação consciente da ambigüidade e da vagueza, sempre deixando margem para controle e incidência sobre novos eventos inusitados e imprevistos. Algumas dessas palavras sequer se referem a possíveis eventos, vez que somente pretendem ter, mas não tem, referência o mundo real, são as palavras ocas”. ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 233.

⁴⁴⁶ Sobre a possibilidade do precedente judicial ser considerado fonte do direito ver ZANETI JR., Hermes. **Il valore vincolante dei precedenti**. Tesi di Dottorato. Università degli Studi di Roma Tre. Facoltà di Giurisprudenza. Scuola Dottorale Internazionale “Tullio Ascarelli”. Tutor: Prof. Luigi Ferrajoli. Roma. Data della discussione: 26.05.2014. 450 p.

⁴⁴⁷ A necessidade de responder a pergunta em um caso concreto a partir da ideia de que só subsiste hoje a intimidade motivada.

metodológico sobre o caminho percorrido pelo magistrado para a prolação de sua decisão, a fim de viabilizar um controle público das razões de julgar.

A privacidade é um direito fundamental relevante, mas não absoluto ou único⁴⁴⁸. É possível afastá-la se existir um fundamento legítimo que justifique a sua não incidência. A procura por delimitar em abstrato a privacidade é vã. Não se deve ter a ilusão da resposta correta nem da verdade, assim como lembra Nietzsche⁴⁴⁹ ao afirmar: “Entende-se o Hamlet? Não é a dúvida, é a certeza que enlouquece”.

Cabe destacar que a perspectiva da tese é relacional. Há uma preocupação central: a redução da angustiante complexidade da sociedade em que vivemos. Leis, princípios, fontes do direito e decisões judiciais são redutores dessa complexidade. Procurou-se, aqui, apontar os significados prevalentes para o direito fundamental à privacidade (retórica analítica), e, acima de tudo, demonstrar a impossibilidade de fixação de um conceito definitivo ou ontológico do que seja a privacidade, bem como propor novos significados com o desiderato de alterar práticas dominantes em nossos Tribunais (retórica estratégica).

Há de se ter esperança de que seja possível encontrar um equilíbrio entre os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto e de que a humanidade possa “separar o joio do trigo”, respeitando o núcleo retórico da privacidade e permitindo que, em determinadas situações, uma interpretação equivocada a seu respeito seja afastada para que haja uma maximização da Constituição e dos direitos fundamentais.

A esperança é, então, nosso último refúgio. É preciso lembrar Augusto dos Anjos⁴⁵⁰ ao falar sobre a Esperança⁴⁵¹:

⁴⁴⁸ É de se destacar, como o texto procurou esclarecer que não há um sentido unívoco para a privacidade. Canotilho e Machado destacam que: “os conceitos de intimidade e privacidade são compatíveis com a existência de diferentes concepções de intimidade e privacidade, ficando ao titular do direito reservada a possibilidade de adoptar qualquer uma delas.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MACHADO, Jónatas. **Reality shows e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra, 2003, p 57

⁴⁴⁹ NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce homo**. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 55.

⁴⁵⁰ ANJOS, Augusto dos. **Eu e outras poesias**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

⁴⁵¹ A palavra esperança não deve ser interpretada em um sentido religioso, mas na confiança da evolução do ser humano. Em sentido contrário Bobbio destaca a relação da esperança com a religião.” ¿ En qué tiene esperanza, profesor? No tengo ninguna esperanza. Como laico, vivo en un mundo en el que la dimensión de la esperanza es desconocida [...] La esperanza es una virtud

A Esperança não murcha, ela não cansa,
Também como ela não sucumbe a Crença,
Vão-se sonhos nas asas da Descrença,
Voltam sonhos nas asas da Esperança.

Muita gente infeliz assim não pensa;
No entanto o mundo é uma ilusão completa,
E não é a Esperança por sentença
Este laço que ao mundo nos manietta?

Mocidade, portanto, ergue o teu grito,
Sirva-te a Crença do fanal bendito,
Salve-te a glória no futuro -- avança!

E eu, que vivo atrelado ao desalento,
Também espero o fim do meu tormento,
Na voz da Morte a me bradar; descansa!

teológica. Cuando Kant afirma que uno de los três grandes problemas de la filosofía es <qué debo esperar>, se refiere com esta pregunta al problema religioso. Las virtudes del laico son otras: el rigor crítico, la duda metódica, la moderación, el no prevaricar, la tolerância, el respeto de las ideas ajenas, virtudes mundanas, civiles." ZAGREBELSKY, Gustavo. **Contra la ética de la verdad**. Madrid: Trotta. 2010, p 131.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera (Coord.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ADEODATO, João Mauricio. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.
- ADEODATO, João Mauricio: **Human Rights and The Problem of Legal Injustice**. São Paulo: Noeses, 2013.
- ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo C.B. **Filosofia e teoria geral do direito**: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. Edição bilíngüe. São Paulo: Editora Landmark, 2005.
- ALMEIDA, Francisco Antonio de M.L.Ferreira. **Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal**. Coimbra: Almedina, 2009.
- ANDRADE, Manuel da Costa. A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 94, p. 133-174. ,jan-fev 2012.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação: Plädoyer para uma teoria geral. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANJOS, Augusto dos. **Eu e Outras Poesias**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANSPACH, Mark. **Édipo Mimético**. São Paulo: Realizações, 2012.

ANYFANTIS, Spiridon. **Provas audiovisuais e sua valoração no processo penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARENDT, Hanna. **A condição Humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

ARISTOTELES. **Retórica**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro. 2013.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

ASSIS, Machado. **50 Contos de Machado de Assis**. Org. John Gledson. São Paulo: Companhia das letras, 2013.

BACHELARD, Gastón. **A formação do espírito científico**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto. 1996.

BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Brasília: Senado Federal, 2004.

BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar: 2013.

BAUMAN, Zygmunt, DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda de sensibilidade na modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014

BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao estudo dos direitos humanos. IN BRANDÃO, Cláudio. **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p 4

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo: 34, 2010

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**. São Paulo: RT, 2009.

BEDÊ JUNIOR, Américo. Reflexões sobre o ato de julgar na justiça penal. In: SALOMÃO, Caleb et alii (Org.). **Constituição de 1988 e 25 anos de valores e transições**. Cognojus e FDV. Vitória: 2013.

BELEZA, Teresa; PINTO, Frederico (Org.). **Prova criminal e direito de defesa**. Coimbra: Almedina, 2011.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao Ambiente**: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BELLO FILHO, Ney. **Interlúdio**: pós-modernidade, direito e sociedade. São Luís, AML, 2012,

BERGER, Peter e ZIJDERVELD Antom. **Em favor da dúvida**. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003.

BITTAR, Eduardo.C.B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992.

BONATO, Gilson (Org.) **Processo Penal Constituição e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 200600116081-52995. Relator Og Fernandes. Brasília, 04/10/2010, RSTJ, v. 220, p. 643.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 78/2004-103-03-40. Relator Ricardo Machado. 4ª Turma. Brasília, 04/10/2006

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.392.386-RS. Rel. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, julgado em 3/9/2013. Disponível no Informativo STJ 529.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 200600708191-19321. Relatora Laurita Vaz. Brasília, disponível em <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em 12 de maio de 2014.

BRASIL. Recurso Especial 200800166732. Relatora Nancy Andrighi. Brasília. Pub. DJE 05/08/2008, p.5.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 569/2000-055-19-00.8. Relator Luiz Antonio Lazarim. 6ª Turma. Brasília, 10/08/2006.

BRASIL. Recurso de Revista 67400-31.2009.5.11.0019. Relator João Batista Brito Pereira. Brasília, julg. em 14/12/2011.

BRASIL. Habeas Corpus 282.096-SP. Rel. Sebastião Reis Júnior. Brasília, julgado em 24/4/2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região. Recurso Ordinário 1024200802403005. Relator Alice Monteiro de Barros, 7.ª Turma. Belo Horizonte, 23/06/2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança 53.352/95 – GO. Relator Adhemar Maciel. Brasília, pub. DJU 25/11/96, p. 46.227.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 80.949. Rel. Sepúlveda Pertence, 1.ª T. Brasília, julg. 30/10/2001, DJ 14/12/2001, p. 26.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 597752. Relator Luiz Fux, 1ª Turma. Brasília, 23/04/2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 5 de abril de 2014.

CABRAL, Marcelo Malizia. A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Coord.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

CALABRICH, Bruno, FISHER, Douglas, PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo Penal Integrado**. Salvador: Jus podium, 2010.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**. São Paulo: RT, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MACHADO, Jónatas. **Reality shows e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra, 2003

CARBONELL, Miguel; SARLET, Ingo e LEITE, George (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2011.

CARNEIRO, Walber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição?. In: Stamford, Artur. (Org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. 1ed. Recife: Editora Universitária UFPE, 2011, v. 1, p. 59-66

CASTRO JUNIOR, Torquato. Metáforas de Letras em culturas jurídicas da escrita: Como se é fiel à vontade da lei. IN: BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco, ADEODATO, João Maurício. **Princípio da Legalidade. Da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009,

CAUSADA, Luís M. Vallés. Usos delictivos no comunicativos de la telefonía móvil: una excepción a la protección del artículo 18.3 CE. In: GIL, julio Pérez (Coord.). **El proceso penal en la sociedad de la información**. Madrid: Wolters Kluwer Espana, 2012.

CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: RT, 1982.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: REVAN, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. O sigilo profissional nos crimes de lavagem de dinheiro: tópicos para uma discussão no marco do estado de direito. In: **Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, n. 8, p. 240-250, 2001.

COELHO, Ivana. Direito de sátira: conflitos e parâmetros de ponderação. In: SCHEREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. Atlas: São Paulo, 2013.

CONDE, Francisco Munoz. **Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal**. Bueno Aires: Hammurabi, 2007.

CORTELLA, Mario Sergio; BARROS FILHO, Clóvis. **Ética e vergonha na cara**. Campinas: Papirus, 2014.

COSTA JUNIOR, Paulo José. **Agressões à intimidade**: O episódio Lady Di. São Paulo: Malheiros, 1997.

COURA, Alexandre Castro **Hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da vedação constitucional de provas ilícitas**: contribuições para garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Orientação: Menelick de Carvalho Netto. Co-orientação: Marcelo

Andrade Cattoni de Oliveira. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG: Belo Horizonte, novembro de 2007.

COURA, Alexandre; BEDÊ JUNIOR, Américo. Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito?. **Revista del derecho de Valparaíso**, Valparaíso, XLI, ago/dez, 2013.

COUTURE, Eduardo. **Os Mandamentos do Advogado**. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. **Hermeneutica jurídica e (m)debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Forum, 2007

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica jurídica em Kelsen. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 180, out/dez, 2008.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança jurídica e crise no direito: caminho para superação do paradigma formalista**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CURADO, Armando Antunes. **Manual prático de direito do trabalho**. 3. ed. Lisboa: Quid Iuris Sociedade, 2005.

DE BOTTON, Alain. **As consolações da filosofia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **A lealdade na busca de provas no processo penal na renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**. coord Marcellus Polastri Lima e Nestor Santiago. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DENNINGER, Erhard. Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural. In: DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. **Derecho constitucional para la sociedad multicultural**. Madrid: Trotta, 2007.

DIAS NETTA, Vellêda Bivar Soares. **A caminho de contornos mais precisos para a privacidade: a proceduralização do tratamento dos dados pessoais e a vida privada**. Dissertação de mestrado. Orientação Maria Celina Bodin de Moraes. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Rio de Janeiro, out. de 2011.

DONEDA, Danilo. *Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tuteladadospessoais*.

Fonte:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460>. Acesso em: 29/5/2014.

DUCROCQ, Françoise Barret. **A intolerância**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2000.

DUQUE, Bruna Lyra. **O direito contratual e a intervenção do Estado**. São Paulo: RT, 2007

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Tópica Jurídica. In: **Revista brasileira de filosofia**, ano 61, v. 239, jul-dez 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses. 2014

FIGUEROA, Alfonso Garcia. Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo (Coord.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2008.

FOLEY, Michel. **A era da loucura**. São Paulo: Alaúde, 2011.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**. São Paulo: Boitempo, 2010.

FREEDMAN, Samuel. Admissions and confessions. In: SALHANY, Roger; CARTER, Robert. *Studies in canadian criminal evidence*. Toronto: Butter Worths, 1972.

FREIRE, Alexandre. **Inevitável mundo novo**: o fim da privacidade. São Paulo: Axis Mundi, 2006.

FROMM, Erich. **Ter ou Ser?**. 4. ed Rio de Janeiro: Guanabara, 1976.

GALVAO, Helder. Direito de imagem e fotojornalismo. In: SCHEREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. Atlas: São Paulo, 2013.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARAPON, Antoine; GROS, Frederic, PECH, Thierry. **Punir em democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GIRARD, Rene. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, 2011.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre a certeza e incerteza**. Saraiva: São Paulo, 2013.

GONTIJO, Lucas. A questão da universalidade dos direitos humanos e sua estruturação em conjunturas históricas. IN BRANDÃO, Claudio. **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014,

GOTTLIEB, Antony. **O sonho da razão**. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Luis, MARTINS, Antonio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GREENWALD, Glenn. **Sem lugar para se esconder**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2014.

GUIMARÃES, Claudio. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

GULLAR, Ferreira. **Em alguma parte alguma**. São Paulo: José Olympio. 2010

GURIDI, Jose Francisco Etxerria. Videovigilancia y sua eficacia en el proceso penal. In: GIL, Julio Pérez (Coord.). **El proceso penal en la sociedad de la información**. Madrid: Wolters Kluwer, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERLE, Peter. **Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAMILTON, Sergio Demoro. **Questões e Questúncula de Processo Penal** In: Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, fev-mar, 2002.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: HASSAMER, Winfried; e KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HASSEMER, Winfried. Processo Penal e Direitos Fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOBBSBAWN, Eric e RANGER Terence. **A invenção das tradições**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. São Paulo: Editora 34, 2009.

HUDSON, Barbara. Justice. In: **the risk society**. London: Sage, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. V. I, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ISASCA, Frederico. A prisão preventiva e restantes medidas de coacção. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

JOSEPH, Miriam. **O Trivium: as artes liberais da lógica, gramática e retórica**. São Paulo: Realizações, 2008.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar duas formas de pensar**. Objetiva: Rio de Janeiro, 2012.

KAUFFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KEIZER, Garret. **Privacy**. New York: Picador, 2012.

KIERKEGAARD, Soren. **O conceito de angústia**. Petrópolis: Vozes, 2010.

KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Paulus, 2009.

LANDESMAN, Charles. **Ceticismo**. São Paulo: Loyola, 2006.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual**. São Paulo: Ed. 34, 1996.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. In: **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 27, jul-set 2006.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para ideia que odiamos**. São Paulo: Aracati, 2011.

LOMBRALES, Nuno. Direitos fundamentais: o direito à palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual no processo penal, **Revista do MPRS**, Porto Alegre, n. 67, set-dez 2010.

LOPES, Ana Maria D'ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**, Brasília, Revista de Informação Legislativa, n. 41, out-dez, 2004.

LUNO, Antonio-Enrique Pérez. **Nuevos retos del estado constitucional**: valores, derechos, garantías. Madrid: Universidad de Alcalá. 2010

LUTZKY, Daniela Courtes. **A reparação de danos imaterias como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACCOMIRCK, Neil. **Rhetoric and the rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MALAN, Diogo Rudge. Gravações ambientais domiciliares no processo penal: In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens RR. **Temas para uma perspectiva crítica do direito**: homenagem ao professor Geraldo Prado. Coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, Germano. **Curso de Processo Penal I**. 4. ed. Lisboa: Verbo, 2000.

MASI, Domenico. **O futuro chegou**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima. **Juiz das liberdades**: desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra: Almedina, 2011.

MAZUR, Mauricio. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Coord.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDONÇA, Andrei Borges. **Prisão e outras medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENEZES, Sofia Saraiva. O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico Lacerda (Coord.). **Prova criminal e direito de defesa**: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra: Almedina, 2011.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET Gustavo Bonato (Coord.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito constitucional atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Critérios de justiça**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**: temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984

MORIN, Edgar. **O desafio do século XXI religar os conhecimentos**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

MORIN, Edgar. **Os setes saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez, 2005.

MORIN, Edgar. **Rumo ao abismo?** Rio de Janeiro: Bertrand, 2011.

MORO, Sergio. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 853, nov. 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Metódica Jurídica e Sistema Político**. Joinville: Bildung, 2014

NAPOLEONI, Loretta. **Economia bandida**. Rio de Janeiro: Difel, 2008.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Rita Castanheira. **As ingerências nas comunicações eletrônicas em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce homo**. Porto Alegre: L&PM, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Del Rey: Belo Horizonte, 2004.

OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa**, cuadernos de filosofia del derecho, n. 14, Alicante, 1993.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: EDUSC, 2005.

- PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PALMA, Maria Fernanda. Direito processual penal e direitos fundamentais: as jornadas. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.
- PALOMBELLA, Gianluigi. **La autoridad de los derechos**: los derechos entre instituciones y normas. Madrid, Trotta, 2006.
- PARDO, José Esteve. **Técnica, riesgo y derecho**. Barcelona: Ariel, 2005.
- PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1999.
- PAYTON, Theresa e CLAYPOOLE, Theodore. **Privacy in the age of big data**. Maryland: Rowman e Littlefield, 2014.
- PEREIRA, Flavio Cardoso. **El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal**. Curitiba: Juruá, 2013.
- PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PIERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 1999.
- PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PINO, Giorgio. **Diritti e interpretazione**. Mulino: Bologna, 2010.
- PISARELLO, Gerardo: DE CABO, Antonio. **La renta básica como nuevo derecho ciudadano**. Madrid: Trotta, 2006
- PLATÃO. **Górgias**. Tradução, ensaio introdutório e notas Daniel. R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva: FAPESP, 2011.
- POPPER, Karl. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- RAMO, Joshua Cooper. **A era do inconcebível**. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- REALE, Miguel. **Filosofia e teoria política: ensaios**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RICOEUR, Paul. **O justo 1**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos ensaio sobre a teoria analítica do direito**. São Paulo: Noeses, 2011
- ROSA, Alexandre de Moraes. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ROXIN, Claus. **La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.
- SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.
- SALIS, Viktor. **Mitologia viva**. São Paulo: Nova Alexandria, 2011.
- SANCHES, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: RT, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**. São Paulo: Cortez, 2006.
- SANTOS, Boaventura Sousa. **Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Editora Cortez, 2000.
- SARLET, Ingo, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2013.
- SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCHELER, Max. **Da reviravolta dos valores**. Petrópolis: Vozes Editora, 2012.
- SCHEREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. Atlas: São Paulo, 2013.
- SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. Atlas: São Paulo, 2011.
- SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Saraiva: São Paulo, 2012.
- SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

SEIÇA, Alberto Medina. Legalidade da prova e reconhecimento atípicos em processo penal: notas à margem da jurisprudência quase constante. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et alii*. **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERRES, Michel. **Polegarzinha**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2013.

SHAFFER, Andrew. A alegria de ver o sofrimento alheio: Shadenfreude e jogos vorazes In: DUNN, George; MICHAUD, Nicholas; IRWIN, William (Coord). **Jogos vorazes e a filosofia**. Rio de Janeiro: Bestseller, 2013.

SIECKMANN, Jan-R. **La teoria principialista de los derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SILVA, Andrea Barrosain. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário. IN: TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002

SILVA, Virgilio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e internacional. In: NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas do conflito entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVA, Virgilio Afonso da. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgilio Afonso da. Teoría de los principios, competencias para La ponderación y separación de poderes In: SIECKMANN, Jan-R (Coord.). **La teoría principialista de los derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SILVÉRIO JUNIOR, João. **Processo Penal Fraternal**. Curitiba: Juruá, 2014.

SOBOTA, Katharina. Don't mention the norm!. In: *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Recife: UFPE, 1996.

SOLOVE, Daniel. **Nothing to hide: the false tradeoff between privacy and security**. London: Yale University, 2011.

STEWART, Ian. **Uma história da simetria na matemática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STERLING, Grant. A navalha de Ockam In BRUCE, Michael , BARBONE, Steven (coords). **Os 100 argumentos mais importantes da filosofia ocidental**. São Paulo: Cultrix, 2013.

SUSTEIN, Cass. **One case at a time**. Harvard: Massachussets, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo, RT, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. São Paulo: Atlas, 2010.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

URIBE, Carlos Enrique Serra. **Derecho a la intimidad y videovigilancia policial**. Madrid: Laberinto, 2006.

VARGAS LLOSA, Mario. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**. Madrid: Editorial Réus, 1985.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**. London: Havrd Edition, 2006.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. 5 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WHITMAN, James Q. **The origins of reasonable doubt**. New Haven: Yale Press, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosofico e investigações filosóficas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Contra la ética de la verdad**. Madrid: Trotta. 2010

ZANETI JR., Hermes. **Il valore vincolante dei precedenti**. Tesi di Dottorato. Università degli Studi di Roma Tre. Facoltà di Giurisprudenza. Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli". Tutor: Prof. Luigi Ferrajoli. Roma. Data della discussione: 26.05.2014. 450 p.

ZIEGLER, Jean. **Os senhores do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

ZIILLI, Marcos. Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro e estrangeiro. In: SANTIAGO, Nestor (Coord.) **Proibições probatórias no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ZIZEK, Slavoj. **Rumo à perda do espaço público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 934, ago 2013.

ZIZEK, Slavoj. **Violência**. Lisboa: Relógio d'água, 2008.

ZIZEK, Slavoj. **Vivendo no fim dos tempos**. São Paulo: Boitempo, 2012.

ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. **El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal**. Granada: Comares, 2006.