



**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS**  
**2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO**

***A MINIMIZAÇÃO DO PUNITIVISMO DECORRENTE DA MÍDIA  
SENSACIONALISTA: O SEGREDO DE JUSTIÇA COMO REGRA***

RAFAEL DE SOUZA LIRA  
Coimbra  
2013



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS**  
**2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO**

***A MINIMIZAÇÃO DO PUNITIVISMO DECORRENTE DA MÍDIA  
SENSACIONALISTA: O SEGREDO DE JUSTIÇA COMO REGRA***

Dissertação a ser apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Ciências Jurídico-Criminais

Orientador: Doutor Manuel da Costa Andrade

Coimbra  
2013

## SUMÁRIO

1. Introdução, **8**
2. Tutela penal da personalidade, surgimento de novos bens jurídico-penais e o inevitável conflito entre a liberdade de imprensa e os bens jurídico-penais de natureza pessoal, **12**
  - 2.1. Conflito entre a liberdade de imprensa e os bens jurídico-penais de natureza pessoal, **14**
3. O interesse da imprensa pela notícia criminal e a *vis atractiva* do crime, **21**
4. Falta de regulamentação da imprensa brasileira, **26**
  - 4.1. A análise da Lei n.º 5.250/1967, pelo Supremo Tribunal Federal, **32**
    - 4.1.1. O âmbito de proteção do capítulo destinado à comunicação social, bem como seu caráter prolongador de bens da personalidade emanados da dignidade da pessoa humana, na constituição de 1988, **33**
    - 4.1.2. A permissibilidade ou não, pela Constituição, de regular o exercício da imprensa por meio de lei infraconstitucional, **39**
      - 4.1.2.1. A possibilidade de autorregulação e regulação social da atividade de imprensa, **44**
    - 4.1.3. A recepção ou não da Lei n.º 5.250/1967, pela Constituição de 1988, **46**
  - 4.2. Juízo de ponderação feito pelo Poder Judiciário ante ao vácuo legislativo, **46**
    - I – Distinção entre regras e princípios, **48**
      - A) Direitos definitivos e direitos *prima facie*, **48**
      - B) Mandamentos de otimização, **49**
      - C) Conflitos normativos, **49**
        - C.1) Categorias puras, **50**
          - C.1.1.) Conflitos entre regras, **50**
          - C.1.2) Colisão entre princípios, **51**
    - II – Restrições a direitos fundamentais, **52**
      - A) As teorias interna e externa, **54**
      - B) A aplicação da regra da proporcionalidade no processo de sopesamento, **61**
        - B.1. Adequação/Idoneidade, **62**
        - B.2. Necessidade, **63**
        - B.3. Proporcionalidade em sentido estrito, **64**
  - 4.2.1. Dignidade da pessoa humana, **69**

4.2.1.1. A publicidade dos atos processuais penais e suas limitações, a presunção de inocência e o segredo de justiça,	<b>81</b>
4.2.1.1.1. Em Portugal,	<b>84</b>
4.2.1.1.2. No Brasil,	<b>86</b>
5. Estilos jornalísticos,	<b>89</b>
5.1. Jornalismo investigativo,	<b>89</b>
5.2. Jornalismo policialesco ou <i>datenesco</i> ,	<b>90</b>
5.2.1. A exposição do suspeito na mídia,	<b>92</b>
5.2.1.1. Teoria da agenda temática ou <i>Agenda setting</i> ,	<b>94</b>
5.2.1.2. A técnica do enquadramento da notícia ou <i>News Framing</i> ,	<b>100</b>
5.2.1.2.1. Consequências suportadas pelo suspeito exposto ao sensacionalismo próprio do enquadramento noticioso episódico,	<b>101</b>
6. O conflito funcional entre a justiça penal e a imprensa (máxime a sensacionalista),	<b>106</b>
6.1. Um exemplo (hipotético) desse conflito,	<b>107</b>
6.1.1. Análise crítica desse exemplo,	<b>108</b>
7. O segredo de justiça, como regra, desde o inquérito policial até a sentença de 1ª instância e a responsabilização criminal pela quebra indevida desse sigilo: uma proposta democrática,	<b>111</b>
7.1. A civilização do espetáculo e sua inevitável metamorfose cultural,	<b>111</b>
7.2. Proposta legislativa de caráter processual penal,	<b>123</b>
7.3. Proposta legislativa de caráter penal,	<b>131</b>
8. Conclusão,	<b>136</b>
Referências bibliográficas,	<b>140</b>

Às minhas lindas *Maria Luisa* e *Ana Beatriz*,  
com a esperança de que possam crescer em um  
mundo melhor, bem como jamais percam de  
vista a importância da criticidade e,  
principalmente, do amor ao próximo.

## AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

Escrever uma dissertação de mestrado não é tarefa fácil. É uma relação consigo mesmo que mescla amor e ódio; frustrações e superações; tristezas e alegrias; angústias e euforias. Controlar a ansiedade, muitas das vezes, pode se revelar mais importante até mesmo do que respirar, principalmente quando o medo resolve fazer uma visita à porta do coração.

Verdadeiro turbilhão de emoções que só se acalma com o auxílio de um projeto de trabalho, o qual deixa de ser projeto para ser apenas trabalho, na medida em que o comprometimento, a responsabilidade e, principalmente, a concentração e a paciência se unem para ultrapassar cada etapa do projeto: uma a uma, como se um fio condutor invisível fosse perseguido.

As quase 150 páginas que se seguem são compostas de 55.143 palavras; 295.341 caracteres; 1.103 parágrafos; 4.769 linhas; inúmeras xícaras de café; um bocado de noites sem dormir; incontáveis fios de cabelos a menos na cabeça; e tantos outros pormenores que marcaram a feitura desta dissertação.

Que toda honra e glória pelo resultado sejam dadas ao Nosso Senhor Jesus Cristo, quem concede paz e sabedoria. A Ele, meu muito obrigado!

Para além desse primeiro agradecimento, tenho um segredo a revelar. É que as páginas seguintes não resultam apenas de um projeto de trabalho guiado por um fio condutor invisível. Isso é importante, claro, mas quando se elabora um projeto de trabalho não é possível prever tudo o que vai acontecer. Assim, por mais que se persiga uma finalidade, esta só acontece com a presença de uma característica que, verdadeiramente, faz dos seres... humanos: a solidariedade.

E *solidariedade* não se resume na ideia de apoio a uma causa. Na verdade, solidariedade é um sentimento que transcende em muito essa definição simples. Trata-se de um vínculo recíproco entre pessoas e, portanto, o liame que as une para a realização de um determinado fim.

Nesse sentido, solidariedade assume posição de um bem maior do qual decorrem outros vínculos... e dos tantos que existem, a amizade é o mais sublime.

Convém dizer que a amizade, aqui, é aquela à moda antiga, que exige o contato pessoal; os olhos nos olhos; as longas conversas em que a crítica não melindra, senão

incentiva e; que, em suma, faz surgir a identificação necessária com outro, a ponto de se afirmar querer chorar o choro do outro quando ele estiver triste e sorrir seu sorriso nos momentos de alegria. A amizade que decorre da solidariedade é aquela que, assim como no samba, nem mesmo a força do tempo é capaz de destruir.

Nesse contexto, não posso deixar de dividir a conquista de terminar esse trabalho com algumas pessoas que, sem sombra de dúvidas, posso chamar de amigos.

E aqui um parêntese: é que, amigo de verdade não tem um perfil exato, assim como família também não, de modo que a confusão entre essas categorias tanto pode existir, como de fato existe. Afinal, assim como ao Crisóstomo, de *O filho de mil homens*, a vida também me agraciou com uma família não sanguínea que não necessariamente exclui os que são de sangue, mas que, com certeza inclui os que não são. Família essa que me é tão cara.

A vocês, muito obrigado...

...obrigado por existirem;

...obrigado por chorarem meu choro e sorrirem meu sorriso;

...obrigado por cada abraço de “*força, falta pouco, você vai conseguir*”;

...obrigado por respeitarem os tantos momentos de solidão reflexiva que precisei ao longo do trabalho;

...obrigado por todas as vezes em que me ajudaram a enxergar o lado positivo das dificuldades;

...obrigado por dedicarem a mim uma amizade tão sincera.

Dessa família não sanguínea (que, mais poderia chamar, não *necessariamente* sanguínea, já que não se presta a excluir, mas sim a incluir) gostaria de nomear aquelas que, de maneira especial, marcaram o período de gestação deste trabalho: Papai, Mamãe, Alberto, D. Teresa e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) que, apesar de não ser pessoa, representa muito em minha vida.

Por fim, rendo homenagens ao Senhor Doutor Manuel da Costa Andrade, por ter me dado a honra de orientar as pesquisas que possibilitaram este trabalho.

## 1. INTRODUÇÃO

*Nós vos pedimos com insistência:  
Nunca digam - Isso é natural!  
Diante dos acontecimentos de cada dia,  
Numa época em que corre o sangue  
Em que o arbitrário tem força de lei,  
Em que a humanidade se desumaniza  
Não digam nunca: Isso é natural.*

*BERTOLD BRECHT*

A ideia de um Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de uma Constituição. E uma Constituição que reúna os valores fundamentais dos cidadãos daquele Estado. Também pressupõe a ideia da tripartição de Poderes, de modo que sejam independentes entre si e, ao mesmo tempo, harmônicos, como idealizado pelo Barão e Filósofo francês CHARLES DE SECONDAT MONTESQUIEU<sup>1</sup>.

Na época de MONTESQUIEU, no entanto, a realidade era outra – e arrisca-se – mais simples do que é atualmente. Afinal, as sociedades eram menores e, portanto, mais facilmente controláveis.

Desde o século XX a globalização vem se sedimentando, fato que, por si só, compreende certa complexidade. Rádio, televisão, internet, *smartphones*, *tablets* e outras tecnologias são capazes de minimizar sobremaneira distâncias físicas imensas.

Trata-se do mundo do instantâneo, no qual a demora, por menor que seja, passa a ser intolerável, quando não sinônimo de imprestabilidade.

Bem por isso, força é convir que a globalização ao mesmo tempo em que trouxe inúmeros benefícios e facilidades, também aumentou a temperatura do vulcão quase adormecido, que agora caminha para uma erupção capaz de produzir estragos de proporções maiores do que o nada saudosos episódio de Pompeia.

Definitivamente, a facilidade de transmitir informações colocou em xeque os direitos fundamentais de personalidade, de modo a implodir, dentre outros, o clássico bem jurídico *honra*, transformando suas partículas em novos e independentes bens jurídicos. Nunca antes na história, a imagem ocupou posto de tão alto destaque.

---

<sup>1</sup> *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo *versus* parlamentarismo. Trad. Pedro Vieira Mota. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 161-ss.

A imprensa, por sua vez, a despeito de representar uma função imprescindível para a democracia, parece querer mais espaço do que tem. O problema é que o anseio cada vez mais deslumbrado e ganancioso da imprensa acaba mirrando sua importância, como valor social, máxime quando inexistente qualquer legislação regulatória dessa atividade, como acontece no Brasil.

Sem prejuízo do surgimento de novos bens jurídicos, a dignidade da pessoa humana sempre deve ser observada, independentemente de qualquer evolução social. Afinal, a dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo em que é a semente infundável capaz de gerar direitos e garantias, também é o instrumento com o qual o cidadão exige do Estado o respeito e a efetividade dos direitos e garantias.

Nesse sentido, a todos os cidadãos recai um dever intransferível de cuidado com a própria cidadania. E, aqui, vale dizer: o que é sério deve ser levado a sério. Não há espaços para banalizações, além do que seja banal por natureza, ou seja, aquilo que é vulgar ou corriqueiro.

E crime – é bom frisar – não está na lista do trivial, muito embora as empresas midiáticas assim queiram transparecer. O cidadão não pode permitir a coisificação de outro cidadão, a fim de atender aos interesses financeiros da mídia sensacionalista, o que, em última análise, impulsiona o egocentrismo e a falta de compaixão pelo próximo, pelo diferente e, em suma, pelo *outro*, seja ele quem for.

É preciso reagir contra a metamorfose da sociedade que, a cada dia, tem se aproximado daquilo que MARIO VARGAS LLOSA chama de civilização do espetáculo. Segundo o autor, “a banalização das artes e da literatura, o triunfo do jornalismo sensacionalista e a frivolidade da política são sintomas de um mal maior que afeta a sociedade contemporânea: a ideia temerária de converter em bem supremo nossa natural propensão a nos divertirmos”<sup>2</sup>.

O jornalismo policialesco – muito em voga nos dias atuais, haja vista sua capacidade de angariar recursos financeiros sem muito investimento – tem novelizado o fenômeno criminal, como se esse fosse um entretenimento capaz de divertir e também amedrontar.

Esse tipo de jornalismo transmite informação selecionada, deglutida e direcionada, a partir de um processo de eleição temática que se presta a esconder

---

<sup>2</sup> VARGAS LLOSA, Mario. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Trad. Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, contracapa.

assuntos cuja publicação não interessa aos grandes grupos de pressão que mantêm financeiramente as empresas midiáticas.

Nesse passo, tal e qual a política romana do pão e circo, o jornalismo policialesco cria uma programação de imagens que direciona as preocupações sociais para aquilo que está em posição diametralmente oposta aos assuntos – corrupção, por exemplo – que comprometem os interesses dos mencionados grupos de pressão. Essa *cortina de fumaça* gera um clamor social punitivista que nada acrescenta ao desenvolvimento democrático, máxime quando resvala nas políticas criminais ou nas leis penais.

E com isso, a cultura, como descrita nos dicionários, resta deturpada, já que não mais representa “uma espécie de consciência que impedia que virássemos as costas para a realidade. Agora, atua como mecanismo de distração e entretenimento. A figura do intelectual, que estruturou todo o século XX, hoje desapareceu do debate público. Ainda que alguns assinem manifestos e se envolvam em polêmicas, sua repercussão na sociedade é mínima. Conscientes desta situação, muitos optaram pelo discreto silêncio”<sup>3</sup>.

O objetivo deste estudo é chamar a atenção para a responsabilidade dos cidadãos, principalmente dos que se dedicam às Ciências Jurídico-Criminais, no sentido de neutralizar o estágio de erupção do mencionado vulcão prestes a explodir, que, a despeito de ser uma figura de linguagem, não destoa tanto da realidade, visto que as falsas sensações de insegurança e de impunidade, que o jornalismo policialesco pulveriza a cada dia, estão a sufocar a sociedade com tanto medo: medo do telefone que toca no silêncio da noite, medo de confusão, medo de que o dia termine com uma nota infeliz, medo da morte...e até medo de ter medo, como bem define o poeta<sup>4</sup>.

As manifestações brasileiras que, por não terem foco, começam pacíficas e acabam em quebra-quebra são indícios dessa ebulição em curso. As pessoas julgam estar em um estado de guerra iminente, causado pelo sensacionalismo que planta a ideia de que a criminalidade aumenta a cada instante; que a polícia prende e o Judiciário solta, o que não é verdade, mas que é capaz: de banalizar o fenômeno crime; minimizar a solidariedade; aumentar o punitivismo social e, principalmente, eliminar direitos e

---

<sup>3</sup> VARGAS LLOSA, Mario. *Op. cit.*, contracapa.

<sup>4</sup> CARVER, Raymond. All of us. *The Collected Poems*. Trad. de Cide Piquet, Nova York: Vintage Books, 2000  
Apud FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: quatro anos depois. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 22, n.º 3, jul./set., 2012, p. 386-387.

garantias fundamentais conquistadas com tanto sangue derramado por aqueles que lutaram pela democracia.

## 2. TUTELA PENAL DA PERSONALIDADE, SURGIMENTO DE NOVOS BENS JURÍDICO-PENAIIS E O INEVITÁVEL CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E OS BENS JURÍDICO-PENAIIS DE NATUREZA PESSOAL

Preliminarmente à questão do conflito anunciado, é mister registrar que o Direito Penal se difere dos demais ramos do Direito em vários aspectos. Essa diferenciação importa em um dever de observação por aqueles que se dedicam ao estudo das Ciências Jurídico-Criminais, de modo a dar efetividade aos princípios constitucionais, em especial, o da subsidiariedade e o da fragmentariedade, em consonância ao binômio: dignidade penal e carência de tutela penal<sup>5</sup>.

Nesse passo, têm-se que a personalidade não pode ser – e não é – um bem jurídico-penal autônomo, em razão de não ter dignidade para tanto. A justificativa é simples: o Direito Penal não pode se desenvolver da mesma forma que o faz os Direitos Constitucional e Civil, subsistemas não limitados pelos mesmos princípios, nos quais a personalidade merece – e tem – proteção autônoma<sup>6</sup>.

Não fosse assim, ou seja, admitindo a hipótese do direito penal outorgar autonomia à personalidade, como bem jurídico-penal, as violações a esse bem jurídico ensejariam a tipificação de condutas protetoras e, portanto, o dever de responsabilização dos violadores.

Sem prejuízo, mas ainda pela perspectiva do direito da personalidade como bem jurídico-penal autônomo, esse funcionaria como limite à atuação do Estado, especialmente no que toca à produção de prova.

E, aqui, vale dizer que tanto no Brasil, quanto em Portugal, a produção de prova está adstrita ao dever de proteção da dignidade da pessoa humana<sup>7</sup>. Dever tal, não

---

<sup>5</sup> O Direito Penal não se preocupa com qualquer violação a bem jurídico, mas somente com aquelas mais graves e potencialmente lesivas, que, inclusive, não sejam sanáveis por outros ramos do Direito. Sobre o tema, Manuel da Costa Andrade (A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 2, Vol. 1, jan./mar., 1992 e *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*. Uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 11-12).

<sup>6</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 9. Alemanha: O *Reichsgericht* (Supremo Tribunal alemão do 3º Reich) entendia que a personalidade só estava presente nas hipóteses previstas na relação legal de *numerus clausus*. O BGH (*Bundesgerichtshof – Supremo Tribunal alemão atual*) desconstruiu este entendimento, por meio de diversas decisões, defendendo a ideia de um direito geral da personalidade (Idem, *ibidem*). Brasil: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. Vol. 1, 23.ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 85-100.

<sup>7</sup> Convém dizer, que, enquanto o artigo 70, I, do Código Civil português prevê a proteção expressa à personalidade, bem como uma proteção amplíssima desse direito, o Direito Processual Penal além de não trazer uma proteção explícita para o direito da personalidade, ainda não é tão amplo, no que toca ao conjunto de violações possíveis (artigo 126 do CPPp). No âmbito brasileiro, a situação não é diferente, o Código Civil elenca diversos dispositivos (artigos 1º ao 21º) que visam a proteção da personalidade – muito embora não utilize a expressão direito geral da personalidade – e os Códigos Penal e de Processo Penal não têm seus dispositivos protetivos direcionados à tutela da personalidade, mas sim à dignidade da pessoa humana.

exclusivo à produção de prova, mas a toda e qualquer atividade de um Estado que se propõe Democrático de Direito.

Os Direitos Penal e Processual Penal não tratam a personalidade como um bem jurídico autônomo, é verdade. No entanto, isso não significa que prescindam dela. O que ocorre é que a personalidade é considerada concomitantemente com a dignidade da pessoa humana, de modo que em toda e qualquer análise de bem jurídico-penal (vida, patrimônio, etc.), a preocupação com a personalidade existe, mas como corolária da dignidade da pessoa humana<sup>8</sup>.

Segundo BENDA, a adição da dignidade da pessoa humana no processo de eleição dos bens jurídicos é exatamente a proposta contida na ideia de um Estado de Direito que prima pela liberdade, o que, portanto, faz da dignidade da pessoa humana “a matiz e o étimo directamente fundante dos bens jurídico-penais de índole pessoal”<sup>9</sup>, premissa que leva à conclusão de que a dignidade da pessoa humana é a semente da qual germinam bens jurídicos, direitos e deveres<sup>10</sup>.

Nesse sentido, força é convir que o surgimento de novos bens jurídicos é possível – e inevitável – máxime em um mundo globalizado no qual as técnicas humanas (ciências em geral) estão em pleno desenvolvimento, a ponto de ULRICH BECK falar em uma *sociedade de risco*<sup>11</sup>.

Parafraseando HENKEL, o surgimento de novos bens jurídicos trouxe consigo bênçãos e maldições<sup>12</sup>, afirmação que não significa uma crítica ao homem e ao desenvolvimento social que há tempos iniciou. Na verdade, trata-se de uma advertência. Afinal, a despeito da sociedade de risco proporcionar o surgimento de novos medos e aflições – e, portanto, novos valores sociais até então não vislumbrados – revela-se de

---

<sup>8</sup> Segundo Württenberger, citado por Manuel da Costa Andrade, não se pode olvidar que o “sistema da Parte Especial só de modo muito parcial reflecte a imagem do Homem”. Afinal, a proteção dos bens jurídicos do homem não pode ser debitada somente da parte especial do código, mas a proteção da dignidade da pessoa deve ser notada em toda a legislação penal, inclusive na parte geral. Binding faz uma análise sobre a forma de legislar. Segundo ele, as leis se propõem, a controlar uma situação completa em várias porções (várias leis), mas isso é o mesmo que dividir uma pessoa em partes. Ele conclui pela impossibilidade desse sistema atingir seu fim (controlar o todo), por conta do caráter multifacetado. As perguntas que ele coloca são: “será que a soma das partes dá o todo? Não persistem as maiores lacunas na tutela jurídica?” (*Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 12).

<sup>9</sup> Idem, p. 13.

<sup>10</sup> Questão melhor desenvolvida em 4.2.1.

<sup>11</sup> *La sociedad del riesgo*. Barcelona, Buenos Aires y Mexico: Paidós. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. 1998. Nas palavras de Henkel, citado por Manuel da Costa Andrade (*in Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 16), “o desenvolvimento da técnica trouxe consigo *mit allem Segen leider auch den Unsegen*”, o que, em tradução livre, significa que o desenvolvimento da técnica humana se faz acompanhar por bênçãos e maldições.

<sup>12</sup> Ver nota 11.

suma importância considerar que o novo modelo social e a vontade de melhorá-lo não podem sobrepor-se ao respeito devido à dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>.

E essa supremacia da dignidade da pessoa humana sobre toda a forma de desenvolvimento social ganha maior relevo no ponto em que conflitos jurídicos se instalam, máxime quando envolvem a liberdade de imprensa e os bens jurídico-penais de natureza pessoal, por exemplo, a honra, a privacidade/intimidade, a palavra e a imagem.

## 2.1. CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E OS BENS JURÍDICO-PENAIIS DE NATUREZA PESSOAL

O homem, como espécie humana, é um ser dependente. Imaginá-lo “totalmente isolado é uma figura de ficção. A comunicação com o outro é o dado básico, o único canal que permite ao indivíduo satisfazer suas necessidades, atingir seus fins e, portanto, desenvolver plenamente sua personalidade e suas potencialidades”<sup>14</sup>.

No mundo atual, no qual a globalização e a velocidade da informação atingiram níveis que ultrapassaram – em muito – as expectativas iniciais, mostra-se importante, senão essencial, para a sobrevivência do indivíduo, a delimitação de uma esfera impenetrável de intimidade, ainda que esta seja muito menor do que já foi em tempos idos. Um espaço no qual “a pessoa – qualquer pessoa – [possa] representar-se e agir com plena autonomia, à margem de toda a devassa intromissão e heteronomia”<sup>15</sup>.

Definir essa esfera impenetrável é tarefa afeta ao Direito, como sistema formal de controle social que é. Isso porque o Direito significa não só a existência do trio *norma, processo e sanção*, mas também, na prévia positivação desses elementos, o que, em última análise, proporciona segurança jurídica ao cidadão, sensação nem sempre presente nas modalidades informais de controle social.

Dito isso, surge a necessidade de um parêntese, a fim de ponderar o modo como são criados os tipos penais.

Para alguns autores<sup>16</sup>, o bem jurídico está diretamente ligado ao tipo penal, sendo este a forma instrumental de proteção daquele. Em outras palavras, o tipo tem a

---

<sup>13</sup> No mesmo sentido, Manuel da Costa Andrade (*Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 17-19).

<sup>14</sup> FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7.ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2011, p. 60.

<sup>15</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 29.

<sup>16</sup> REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese

finalidade específica de proteger bens jurídicos, o que é feito sem a influência preponderante das políticas criminais, conforme a compleição metodológico-teleológica ou finalista.

No entanto, os funcionalistas moderados<sup>17</sup>, a despeito de concordarem com os funcionalistas no ponto da proteção do bem jurídico-penal ser instrumentalizada pelo tipo, divergem quanto ao nível de influência que as políticas criminais exercem em relação à dogmática penal. Para os adeptos da teoria funcionalista moderada há verdadeira sobreposição das primeiras sobre as últimas.

Apenas como nota de pesquisa, vale dizer que, para além dos funcionalistas moderados, há defensores da teoria funcionalista extremada, segundo a qual o tipo penal não se presta a proteger bens jurídicos, mas, sim – e muito resumidamente –, a proteger o ordenamento jurídico em si.

Parêntese feito, retoma-se a questão do conflito entre bens jurídicos. E aqui vale dizer, que o conflito entre a liberdade de imprensa e os bens jurídico-pessoais surge a partir do convívio social e se materializa pelo uso da palavra e/ou da imagem<sup>18</sup>.

Nesse sentido, é bom frisar, que, se no passado, o Direito Penal foi utilizado de forma assistemática e arbitrária, o advento do Estado de Direito liberal idealizado pelo iluminismo, se encarregou de estabelecer limites ao Poder Público, por meio de uma Constituição que prevê princípios, deveres, direitos e garantias, elementos que, em suma, significam verdadeiros meios de defesa – ao menos em tese – e que permitem ao cidadão se insurgir contra o arbítrio estatal sempre que necessário.

Sem prejuízo, força é convir que seria sobremaneira simplista admitir a ideia de que a mera previsão de instrumentos limitadores da atuação do Poder Público bastariam para a consagração de um Estado sem conflitos.

Pelo contrário. Na verdade, os mesmos instrumentos que se prestam a resolver conflitos, podem acabar criando outros. Afinal, não raras vezes, ao se invocar um

---

de Livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 55; PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996, p. 15; HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In HEFENDEHL, Roland (Org) *La teoría del bien jurídico: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid e Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 104; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do Direito Penal*. Tese de Livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 157-158;

<sup>17</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1.ed. brasileira, 2.ed. portuguesa, São Paulo: RT, Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 284 e ss; dentre outros.

<sup>18</sup> Admitido dessa forma, tem-se que “a punição dos atentados a estes bens jurídicos [acaba], por via de regra, por redundar [na] punição da comunicação e da palavra. De forma mais ou menos larvada ou menos exposta, a criminalização neste campo pode, por isso, atingir e ferir a raiz que, em última instância, empresta significado e densidade axiológica – e, por vias disso, dignidade penal – aos bens jurídicos em nome dos quais se pune” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 32).

dispositivo constitucional para resolver um conflito, inevitavelmente, se estabelece o confronto normativo com outro dispositivo constitucional que se coloca em sentido contrário, máxime quando envolvida a liberdade de imprensa.

E sobre a liberdade de imprensa, é mister consignar sua indissociabilidade de um Estado de Direito. Trata-se, a liberdade de imprensa, de um direito fundamental<sup>19</sup> que muitas vezes, do ponto de vista axiológico, reúne em si outras duas liberdades, a saber: a de expressão e a de informação<sup>20</sup>.

Nesse passo, outra característica indissociável da liberdade de imprensa – ainda que pareça um pleonasma – é a liberdade. A imprensa deve ser livre e a ausência dessa liberdade se traduz em oblíqua negação ao direito do cidadão em se informar e/ou ser informado.

A jurisprudência alemã já chegou a se referir à liberdade de imprensa como a principal forma de proteção aos direitos do homem, sem a qual todas as demais liberdades tornam-se inócuas<sup>21</sup>.

No entanto, é bom que se diga, todo direito fundamental tem uma face positiva e outra negativa. E com a liberdade de imprensa não é diferente. Afinal, ao mesmo tempo que o cidadão tem o direito de informar, se informar e ser informado, também é verdade que lhe assiste o direito de não querer informar, de não querer se informar e de não querer ser informado.

Assim, força é convir que há limitações ao exercício da liberdade de imprensa. Afirmar o contrário significaria outorgar caráter absoluto ao referido direito fundamental, característica que desacompanha qualquer direito, independentemente de sua posição hierárquica, de modo que “também a liberdade de imprensa terá, não raro, de ceder perante a salvaguarda de valores ou interesses pessoais”<sup>22</sup> dignos de tutela<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão denomina a liberdade de imprensa como um “elemento essencial” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 39)

<sup>20</sup> Vale dizer que as liberdades de expressão e de informação são direitos fundamentais autônomos, mas que, na maioria das vezes, se materializam por meio do exercício da liberdade de imprensa.

<sup>21</sup> No caso *Lüth-Urteil*, consignou-se que “o direito fundamental de liberdade de expressão, com a mais directa expressão (unmittelbarster Ausdruck) da personalidade humana na sociedade, é um dos mais proeminentes direitos do Homem (un des droits le plus précieux de l’homme segundo o artigo 11.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ela é pura e simplesmente constitutiva para uma ordenação estadual livre e democrática, pois só ela torna possível o permanente debate cultural, o confronto de opiniões que é seu elemento vital. Ela é, em certo sentido, o fundamento de toda a liberdade, ‘the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom (Cardozo)’” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 44).

<sup>22</sup> *Idem*, p. 46. “Nesta perspectiva a ponderação dos interesses subjacentes aos direitos fundamentais em colisão deve tomar necessariamente em conta o significado institucional de uns e outros numa *relação flexível*, em que o ponto de partida da interpretação deve ser dado pela posição fundamental que a liberdade de expressão ocupa no sistema do Estado democrático de direito”, ou seja, daqueles estampados na Constituição. O que não significa a desnecessidade de parâmetros infraconstitucionais, desde que estes não ultrapassem aqueles limites. No mesmo sentido: BACIGALUPO, E. Colisión de derechos fundamentales y justificación del delito de injuria. *Revista española de*

Sem prejuízo, é de bom alvitre reafirmar que a comunicação social é imprescindível ao Estado de Direito, até porque uma de suas funções é instruir os cidadãos. Todavia, a simples municação informativa não basta. É preciso que o cidadão consiga absorver as informações recebidas, de modo que lhe seja possível participar ativamente da coisa pública.

Para que isso aconteça, a informação não pode ser tolhida, direcionada de qualquer forma, tampouco partir de um único sentido. Deve a imprensa ter condições de fazer o cidadão “conhecer as opiniões dos outros e estar em condições de as confrontar criticamente”<sup>24</sup>.

Por tal razão – reafirma-se – a liberdade profissional se impõe. Sem ela, não haveria possibilidade de ligação entre os cidadãos e os movimentos estatais, o que, em última análise, impediria o povo de controlar o Poder Público, atividade, inclusive, própria de um Estado de Direito, justamente porque permite aos verdadeiros detentores do poder, apurar casos de irregularidades ou que descumpram a Constituição, por exemplo. E nesse caso, a imprensa desempenha, juntamente com o cidadão informado e instruído, função controladora dos órgãos do Estado.

Ocorre que a liberdade de imprensa nem sempre é utilizada, por seus operadores a favor da democracia. São cada vez mais frequentes as violações aos bens jurídicos pessoais – frise-se, tão importantes à democracia quanto a própria imprensa – em decorrência do mau exercício da liberdade de imprensa<sup>25</sup>.

E o mau uso de um direito tão caro ao Estado Democrático de Direito – como o é a liberdade de imprensa – pode desencadear um processo de metamorfose deformatória capaz de violar direitos, a partir de um instrumento próprio para proporcionar cidadania. Essa violação pode assumir proporções estratosféricas se não for limitada, medida que não se confunde com censura.

Na sequência, vale dizer, que a junção do adjetivo *ilimitada* e da expressão *mal utilizada* com o substantivo *imprensa*, elevado à condição de sujeito de uma oração,

---

*derecho constitucional*, mayo/ago., 1987, p. 92; BERDUGO DE LA TORRE, Ignacio. La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español. *BFDC*, 1989, p. 270.

<sup>23</sup> Cf. artigo 220, §1º, da Constituição brasileira.

<sup>24</sup> ZIPPELIUS, R. Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht. *Hubmann-FS*, 1985, p. 516 *Apud in* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 52.

<sup>25</sup> Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, diz que “há um desequilíbrio na relação entre a imprensa e o Estado. (...) Mas há também uma relação de desequilíbrio, muitas vezes, entre a imprensa e o cidadão; nas mais das vezes é isso que ocorre. O poder da imprensa, hoje, é quase incomensurável. (...) a desigualdade entre a mídia e o indivíduo é patente” (Debate ocorrido entre os Ministros, durante julgamento da ADPF n.º 130, p. 275-277).

resulta em sinônimo de *potencial perda da dignidade do cidadão*, se pensado no contexto da investigação criminal.

Nesses casos, ainda que o referido cidadão – suspeito ou acusado formalmente de cometer um crime – disponha de defesa técnica combativa, é bem possível que com a “mistura de informações de facto e de juízos de valor ele [veja] a sua vida, a sua família, as suas atitudes interiores dissecadas perante a nação. No fim, ele estará civicamente morto, vítima de assassínio da honra (*Rufmord*). Mesmo quando estas consequências não são atingidas, a verdade é que a imprensa moderna pode figurar como a continuadora directa da tortura medieval. Em qualquer dos casos é irrecusável o seu *efeito-de-pelourinho*”<sup>26</sup>.

Nesse sentido, a despeito da desigualdade de armas entre a imprensa e o arguido, força é convir que a mídia sensacionalista propaga o medo travestido de notícia.

Sim, medo.

Medo sentido por quem recebe a notícia e medo sentido pelo arguido que vê sua dignidade, como pessoa humana, aniquilada diante das telas de TV, nas capas de jornais, blogs etc. Medo que se eleva à potência infinita, se considerada a velocidade com que a informação é transmitida atualmente, sobretudo pelo uso da internet.

Nos dias atuais, é muito difícil saber quando se está sozinho efetivamente ou quando é possível confiar um segredo a alguém. Câmeras de filmagem e gravadores ocultos, telefones móveis equipados com câmeras de última geração e circuitos de monitoramento ambiental são exemplos de tecnologias que estão por toda a parte, e sempre no modo *on* – frise-se.

Seja a serviço do entretenimento, seja a serviço da segurança, fato é que, muitas vezes, a era digital revela-se egoísta. Isso porque, para se estabelecer, *exige* que o cidadão prescindia de sua liberdade individual.

E talvez sem perceber, o ser humano tem aderido à referida exigência. Cada vez mais o ser humano abdica da sua característica mais peculiar: o gregarismo; a necessidade de estar com o *outro*; de falar com o *outro*, e em última análise, a necessidade do *outro*.

Essa troca faz da ficção a realidade, ou seja, transforma os cidadãos (leia-se, o ser dependente de outro ser) em seres isolados, muito embora dividam um espaço

---

<sup>26</sup> OSSENBÜHL, F. Medien zwischen Macht und Recht. JZ, 1995, p. 634 e ZIPPELIUS, R. *Op. cit.*, p. 514. Ambos citados por COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 55.

comum<sup>27</sup>. Em representação metafórica, são cegos que habitam um mesmo ambiente. Estão ali, respiram, comem, dormem, mas não veem o outro.

Nesse contexto, talvez a cegueira não seja o melhor exemplo, já que os cegos, embora não vejam imagens, *enxergam* as outras pessoas por meio dos demais sentidos humanos, ou seja, percebem os movimentos ao seu entorno. O que se quer advertir com isso – a despeito do exagerado pessimismo – é que o cidadão do mundo moderno tende a cada vez mais acreditar que pode viver sem o *outro*.

E o que é pior: para preencher o espaço criado pela ausência da convivência com o *outro*, o cidadão moderno anseia curiosamente por notícias do *outro*. Um *outro* distante, tão distante que a clássica e natural aversão à violência cede lugar ao prazer por ela, desde que a violência seja contra o *outro*. Melhor ainda se o cidadão sádico estiver no conforto de sua residência enquanto interage com o *outro*, por meio de notícias sensacionalistas transmitidas pela maioria dos meios de comunicação social que desmerece o valor inestimável que a liberdade de imprensa tem – ou deveria ter – no âmbito de um Estado de Direito.

Para UMBERTO ECO, “a dimensão ética começa quando entram em cena os outros. Qualquer lei, seja ela moral ou jurídica, regula sempre relações interpessoais, incluindo as estabelecidas com quem a impõe. (...) Até as mais laicas dentre as ciências humanas nos ensinam que são os outros que nos definem e nos conformam. Nós (da mesma forma que não somos capazes de viver sem comer, nem dormir) não somos capazes de compreender quem somos sem a visão e a resposta dos outros. Até quem mata, estupra, rouba ou tiraniza, o faz em momentos excepcionais, uma vez que durante o resto de sua vida mendiga por aprovação, amor, respeito e elogio de seus semelhantes. (...) Corre-se o risco de morrer ou enlouquecer quem viver em uma comunidade em que todos tenham decidido, sistematicamente, ignorá-lo, como se você não existisse”<sup>28</sup>.

No entanto, no *Estado do medo*, enquanto a confiança no *outro* se mingua, a falta de solidariedade ocupa espaços cada vez maiores.

Para além disso, ao contrário do que essencialmente era para ser, a liberdade de imprensa não é acessível a todo cidadão e, portanto, não retrata a verdadeira opinião pública. Nas palavras de VITAL MOREIRA, essa liberdade é “cada vez mais um poder de

---

<sup>27</sup> Embora seja comum encontrar grupos de pessoas interagindo, força é convir que essa interação não necessariamente é real. Na verdade, a probabilidade de ser aparente é imensa, já que, normalmente, cada um está com um telefone móvel nas mãos e, conseqüente, cada um está em seu *mundo virtual*, distante do outro que, fisicamente, está tão próximo. A impressão – triste impressão – que fica é que o irreal se torna cada vez mais atrativo do que o real.

<sup>28</sup> Tradução livre a partir da obra do texto Cuando los demais entran en escena, nace la ética. (*En qué creen los que no creen?* Un diálogo sobre la ética en el fin del milenio. Argentina: Temas de hoy, 1997, p. 89-90).

poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam dos interesses comerciais ou de grupos de interesse<sup>29</sup>.

Fruto do capitalismo extremado, o Estado se vê acuado pelo mercado<sup>30</sup>. No entanto, entre o Estado e o mercado está o cidadão, e dessa disputa de interesses, a parte mais prejudicada é o cidadão, seguido pelo Estado. Já o Mercado – propositalmente com inicial maiúscula – em regra, sagra-se incólume.

Apesar dessa realidade significar um alarme aos adeptos do Estado de Direito, a situação é outra se pensada em um *Estado de Direito do medo*, pois nesse último, o próprio cidadão manipulado é quem legitima a violação dos direitos do *outro*. Afinal, *isolado* e nada solidário, o cidadão manipulado não se vê na situação do *outro* e, por isso, não reage ao *assistir* à violenta negação de dignidade ao *outro*, máxime quando este figura como arguido de um caso criminal. Omissão que – frise-se – esvanece a democracia.

---

<sup>29</sup> *O Direito de Resposta na Comunicação Social*. Coimbra, 1994, p. 9. *Apud in* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 62.

<sup>30</sup> “[As] empresas de comunicação social integram hoje, não raro, grupos económicos de grande escala, assentes numa dinâmica de concentração e apostados no domínio vertical e horizontal de mercados cada vez mais alargados. Mesmo quando tal não acontece, o exercício da actividade jornalística está invariavelmente associado à mobilização de recursos e investimentos de peso considerável. O que, se por um lado resulta em ganhos indisfarçáveis de poder, redundando ao mesmo tempo na submissão a uma lógica orientada para valores de racionalidade económica” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 62).

### 3. O INTERESSE DA IMPRENSA PELA NOTÍCIA CRIMINAL E A VIS ATRACTIVA DO CRIME

A violência é, inegavelmente, um fator presente na sociedade atual. Nas palavras de HASSEMER, chega a ser onipresente<sup>31</sup>. Segundo o autor, trata-se de um fator imutável, ou seja, o cidadão sempre terá de tolerar a violência em seu meio social.

No entanto, alguns problemas vêm adquirindo proporções preocupantes ao Direito Penal. Trata-se da disposição de aceitação, da forma de percepção, da atitude que os cidadãos adotam perante a violência<sup>32</sup>, bem como da forma com que a violência vem sendo trabalhada pela imprensa.

Dito de outra forma, e por uma ótica contrária, a dramatização empregada pela imprensa aos casos criminais é capaz de fazer com que os cidadãos, de forma geral, percebam a violência direta – e até gostem dela –, mas que tal percepção não seja sensorial<sup>33</sup>. É, em verdade, uma percepção apenas comunicada e, portanto, distante, virtual e, em última hipótese, irreal, tal qual um jogo de *video-game*, no qual, por exemplo, participa-se ativamente de um tiroteio, sem, contudo, haver o mínimo risco de ser baleado.

E aqui impõe-se um parêntese. É que os meios de comunicação têm dado uma conotação simplificada à violência, quando divulgam-na como um sinônimo de criminalidade. O que não é verdade<sup>34</sup>. O crime é apenas uma espécie, ao passo que violência é o gênero.

O tratamento dado às notícias, pelos meios de comunicação, é altamente seletivo. A partir de uma agenda temática, elege-se o que será publicado e, conseqüentemente, o que será escondido.

Nesse cenário, vale dizer que o crime de massa é sempre um candidato forte nessa eleição, haja vista o interesse que desperta no cidadão comum. Em contrapartida,

---

<sup>31</sup> HASSEMER, Winfried. La omnipresente violencia. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidade. XV, 1990-1991, p. 181.

<sup>32</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>33</sup> “(...) cenas chocantes, transmitidas com realismo e cruza, acrescidas de violências de caráter não coletivo, mas de não menor significado, de filmes que difundem atos de violência gratuita, de programas de televisão que transmitem espetáculos de extrema violência, passaram a constituir as imagens mais frequentes expostas nos meios visíveis de comunicação social (...)” (FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Op. cit.*, p. 145).

<sup>34</sup> “Se tomarmos como ponto de referência a realidade brasileira, violência não é apenas e exclusivamente os fatos criminosos. Violência é a terrível faixa de exclusão a que está condenada grande parte da população brasileira, desprovida de educação, de saúde e de saneamento básico; é a concentração de riqueza em poder de um percentual reduzido de pessoas; é a fome; é a miséria; é o salário aquém das necessidades fundamentais da pessoa; é o latifúndio improdutivo; é o trabalho forçado do menor; é a prostituição infantil; é o alto índice de acidentes no trabalho; é o privilégio das corporações; é a carência de adequadas políticas públicas na esfera do social; é o uso manipulador dos meios de comunicação social; é a corrupção infiltrada nos poderes da República” (idem, *ibidem*).

os problemas sociais e outras formas de violência ganham papel secundário, como suplentes que nunca são chamados a assumir a cadeira do titular.

Trata-se, portanto, de tratamentos antagônicos. Enquanto a criminalidade tem voz, as demais formas de violência são mudas. E esse silêncio, “que reduz a violência a crime, além de ocultar o caráter violento de outros fatos graves – como a miséria, a fome, o desemprego –, cria um clima de pânico, de alarme social a que se costuma seguir um crescimento da demanda de mais repressão, de maior ação policial, de penas mais rigorosas. A intervenção do sistema penal aparece como a primeira alternativa, como a forma mais palpável de segurança, como a forma de fazer crer que o problema já está sendo solucionado”<sup>35</sup>.

A relação criada entre o cidadão e a criminalidade, alinhada ao isolamento opcional do ser humano pós-moderno, além do medo, gera uma maior aceitação da violência e, principalmente, uma avidez por ela. A manipulação resulta no pedido de um Estado agressivo e impiedoso, o qual é chamado e legitimado para defender o “cidadão de bem”, isolado e altamente amedrontado, custe o que custar e contra quem for, desde que seja contra o *outro*. E aqui inclui-se a relativização de direitos e garantias fundamentais do ser humano acusado ou suspeito de cometer algum crime. E se o agente for pego em flagrante – pouco importando se é flagrante licitamente válido ou não –, daí que o medo gerado é capaz de fabricar adeptos ao aniquilamento completo dos direitos e garantias até então apenas relativizados<sup>36</sup>.

Vale dizer que esse movimento punitivista produz fortes reflexos no Direito Penal, em verdadeira afronta a diversos princípios constitucionais, em especial, da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade.

O incremento do ordenamento jurídico, seja com novas condutas criminalizadas, seja com a cominação de penas maiores às já existentes, além de atrapalhar o funcionamento dos Poderes Públicos – já no limite da relação mão-de-obra/demanda de trabalho –, ainda banaliza<sup>37</sup> o Direito Penal, uma vez que esse não se presta a proteger todo e qualquer bem jurídico<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> KARAM, Maria Lúcia. Criação de crimes não passa de fantasia. *O Estado de S. Paulo*, Caderno Justiça, de 4 de janeiro de 1992, p. 3 *Apud in* FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Op. cit.*, p. 145-146.

<sup>36</sup> Nesse sentido, Hassemer diz que “esta mayor dureza del Derecho penal material y del Derecho procesal penal se debe a una Política criminal surgida de la dramatización a que da lugar la violencia, y pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento individual y social de inseguridad” (*Op. cit.*, p. 190).

<sup>37</sup> Segundo Hassemer (*Op. cit.*, p. 192), referido punitivismo enseja um Direito Penal com eficácia puramente simbólica.

<sup>38</sup> O âmbito de proteção do Direito Penal é ainda menor. É que, além dele não proteger todos os bens jurídicos, também não se presta a proteger todos os ataques aos bens jurídicos por ele protegidos, uma vez que só os ataques potencialmente lesivos são relevantes ao Direito Penal.

Não obstante – e a despeito da falta de solidariedade advinda do medo incutido/publicado na sociedade – a questão deve ser analisada também por outro viés. Afinal, simbólico ou não, fato é que alterações legislativas somadas ao maior rigor da atuação policial proporcionam sensação de segurança aos cidadãos. Uma falsa sensação, é verdade, mas o suficiente para ascender o nome do legislador no consenso social e garantir sua reeleição<sup>39</sup>, sem falar no enriquecimento das empresas de comunicação social, as quais exploram o mercado das notícias criminais e, com isso, periodicamente renovam o medo sentido pela sociedade.

O crime funciona como uma isca da manipulação, e como toda isca, mostra-se fascinante à presa. E o crime violento parece ainda mais fascinante, razão pela qual é o preferido da imprensa, até por ser matéria-prima mais facilmente encontrada<sup>40</sup>. “Esse tipo de programação ocasiona sobre seus ouvintes e espectadores uma afetação estranha, que contém um misto de sentimento de insegurança, aliado a uma certa atração pelo crime, conforme destacou HASSEMER ao analisar esse último aspecto que denominou como *la fascinación de lo criminal*, escrevendo que *‘las novelas policiacas (o los telefilms y películas) son algo normal y generalmente un buen negocio. Los medios de comunicación informan casi exclusivamente de casos penales porque así satisfacen el interes de sus lectores...El asesinato, el robo, el secuestro y, en general todos los delitos violentos con clara conotaciones delincuente-víctima son las formas delictivas que más fascinan a la gente y sobre las que merece la pena informar’*”<sup>41</sup>.

Por essa ótica mais crítica, é possível associar tal realidade a uma fogueira. Na hipótese, o acusado e o caso criminal seriam a lenha seca; a faísca inicial seria a mídia sensacionalista; o combustível seria a alteração legislativa e/ou a legitimação do maior rigor da atuação policial; o oxigênio seria o medo; o Poder Judiciário seria a água; a

---

<sup>39</sup> No mesmo sentido, Hassemer diz que “cuando los efectos reales y afirmandos no son los esperados, el legislador obtiene, por lo menos, la ganancia política de haber respondido a los miedos sociales y a las grandes catástrofes con prontitud y con los medios más radicales que son los jurídico-penales” (Idem, ibidem).

<sup>40</sup> “Os meios de comunicação de massa obedecem a um processo seletivo na ‘extração’ da informação a ser transmitida, de maneira que compõem uma realidade distorcida. Em regra, a fonte dessa informação é a própria polícia e, como a polícia toma conhecimento, [na maioria das vezes], de ‘determinados delitos contra o patrimônio (frutos, roubos, certos estelionatos), contra a liberdade sexual (estupro e estupro contra vulnerável), e contra a vida e a saúde – além dos delitos por acidente de trânsito – logo sua nota característica tende a ser a violência. (...) Isso, sem dúvida, desvirtua o processo de apreensão da realidade na medida em que certos delitos de violência, mercê da seleção policial, sofrem um incremento bem maior em confronto com os demais. Cria-se assim, uma ‘identificação de criminalidade com a violência e, conseqüentemente, a adoção de um esteriótipo criminal’. Tudo isso, por sua vez, repercute na transmissão, pois o que interessa do ponto de vista do consumo é o sensacionalismo e do ponto de vista ideológico é criar o medo ou o pânico para a insegurança do Cidadão” (FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Op. cit.*, p.146).

<sup>41</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”. Trad. Muñoz Conde. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1992, p. 31 *Apud in* FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Op. cit.*, p. 147-148.

brasa apagada seria a constatação da ineficácia do Direito Penal; e sensação da impunidade seria o frio.

Assim, o caso criminal é explorado pela mídia sensacionalista, que de posse – muitas vezes não autorizada – da imagem do acusado inflama o clamor público. Um legislador, por sua vez, vê-se estimulado a criar novos tipos penais e/ou agravar penas das figuras criminais já existentes<sup>42</sup>. A polícia vê-se legitimada a intensificar o rigor de sua atuação, quando não promove execuções ilegais, camufladas pela versão da resistência seguida de morte. Tudo isso mantido pelo medo social.

Ocorre que, ao tomar conhecimento do caso criminal em questão, o juiz – titular de cargo vitalício e, em regra, servidor público imparcial guiado pelos limites constitucionais – deixa de atender ao clamor punitivista instalado na sociedade midiaticizada, aplicando pena compatível com a conduta praticada pelo acusado, quando não o absolve por entendê-lo inocente diante das provas produzidas (ou não produzidas) no processo. Tais situações vão de encontro frontal às pretensões dos cidadãos treinados a serem egoístas, os quais desejam um suplício televisionado ou estampado nas capas de jornais/blogs.

Como efeito direto do não atendimento ao clamor publicado, pelo Poder Judiciário, advém a sensação de impunidade. A partir daí, faz-se necessário encontrar mais lenha seca (leia-se, outro caso criminal grave) para que o fogo seja novamente acendido. No entanto, o resurgimento do fogo, ao contrário do esperado, não é capaz de amenizar os efeitos do frio, mas sim de aumentá-los cada vez mais.

Em outras palavras, a cada caso criminal não sentenciado conforme a pretensão popular – leiga e influenciada pela mídia sensacionalista –, a sensação de impunidade e o descrédito do Poder Judiciário aumentam, resultando em mais políticas criminais que desconsideram os interesses dos acusados, sem falar do anseio por alterações legislativas cada vez mais próximas das linhas de estudo da teoria funcionalista extremada<sup>43</sup>, defendida por GÜNTER JACKOBS, a qual, de forma muito resumida, separa cidadãos, maus cidadãos e inimigos, sendo que estes não têm qualquer direitos ou garantias. Também de forma resumida, as críticas a essa teoria vão no sentido da

---

<sup>42</sup> A criminalidade, só na aparência, “é apresentada pela *mass media* e por alguns políticos, como um fenômeno aterrador que gera insegurança, consequência do trato benéfico que a lei dispensa aos criminosos e que, portanto, não a respeitam. Essa propaganda massiva de fatos aterrorizantes provoca na população um verdadeiro estado de pânico, do qual se aproveitam os movimentos políticos, geralmente autoritários, para apresentar-se como possuidores da formulas infalíveis contra a onda criminosas’ que dizem existir” (FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Op. cit.*, p. 147).

<sup>43</sup> Teoria fortemente criticada pela doutrina internacional. Embora normativa, prioriza a proteção, pelo Direito Penal, da estabilidade dos sistemas e não da proteção de bens jurídicos. A culpabilidade, para essa teoria, é desprezível.

dificuldade de estabelecer – respeitados os limites constitucionais de um Estado de Direito – quem é o inimigo e quem é o cidadão.

No Brasil, a falta de lei regulamentadora do exercício da imprensa contribui para a realidade até aqui exposta. Não se trata de censura, pois a imprensa deve continuar a ser livre, como atividade fundamental própria de um Estado de Direito. No entanto, a imprensa deve ser regulada, a fim de que seus profissionais conheçam e respeitem seus limites, sob pena de se outorgar caráter absoluto à liberdade de imprensa, privilégio que nem a vida – bem jurídico maior de um Estado – detém.

#### 4. FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DA IMPRENSA BRASILEIRA<sup>44</sup>

A despeito de serem apenas lembranças – más lembranças, frise-se –, os vários momentos sangrentos da história do Brasil, principalmente aqueles relacionados ao exercício da liberdade de expressão, pensamento, reunião e tantos outros valores, hoje consagrados como direitos fundamentais, mas que no passado eram considerados, pelos militares, como afrontas à manutenção do governo autoritário, ainda são fortes entraves à criação de uma legislação infraconstitucional para regular o exercício da imprensa.

E, desde já, é de bom alvitre esclarecer que a edição de uma legislação regulamentadora não se prestaria a censurar o exercício do direito fundamental de imprensa, seja prévia ou posteriormente. A ideia é justamente o contrário, ou seja, estabelecer limites que garantam as liberdades da imprensa, bem como as dos cidadãos; limites esses estabelecidos pela própria Constituição vigente<sup>45</sup>, mas que, até então, não são regulamentados por lei especial.

A existência de uma legislação que atenda aos preceitos constitucionais é questão de importância ímpar em um Estado de Direito. Tanto o é, que esse ponto foi um dos analisados pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 130, em 30 de abril de 2009, documento jurisdicional que será amplamente explorado neste tópico.

Ao contexto, desnecessário traçar todo o desenvolvimento histórico da legislação de imprensa no Brasil, desde sua colonização por Portugal, para que se compreendesse que “a sucessão histórica do contraste entre a declaração de liberdade e a institucionalização da censura, produziu nos espíritos mais prevenidos a natural resistência contra as chamadas leis de imprensa. Não é estranhável, portanto, essa compreensão do problema, se reconhecermos que a história da lei de imprensa [no Brasil] é a história da censura oficial. Esta conclusão torna-se mais óbvia quando se constata a grande intimidade entre a legislação que reprime os abusos da liberdade de informação e as leis que cuidam das infrações políticas. Leis de imprensa e leis de

---

<sup>44</sup> As referências trazidas neste tópico, quanto à Primeira República de Portugal, correspondem a trechos copiados e/ou adaptados do trabalho apresentado por este autor, em 2011, na disciplina de História do Direito Português, ministrada pelo Senhor Doutor Rui Manuel de Figueiredo Marcos, no âmbito do 1º ano do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. A fim de não poluir o texto com inúmeras notas de rodapé, não serão apostas aspas nos referidos trechos, valendo esta nota como referência às demais, de modo a não configurar autoplagio.

<sup>45</sup> Artigo 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV; (...)” grifei. Os incisos mencionados no artigo

segurança nacional foram concebidas e utilizadas como vasos comunicantes dos regimes autoritários de governo e das práticas opressoras do Estado. Daí, então, a compreensível oposição à existência de uma lei especial para tornar efetiva a liberdade de informação e assegurar a sua prática (...)”<sup>46</sup>.

Essa inadmissível conexão entre as leis de imprensa, as leis de segurança nacional e as que tipificavam crimes políticos, esteve presente até Lei n.º 5.250/1967.

Um parêntese importante deve ser aberto para chamar atenção ao ano em que a referida lei foi promulgada. É que em 1967 o Brasil estava sob o comando da ditadura militar, período marcado pelo autoritarismo, principalmente quanto ao exercício da atividade de imprensa e da manifestação do pensamento, de forma geral.

Essa informação é importante, se considerado que “as instituições e os homens devem ser compreendidos à luz da situação histórica. Mil fios enlaçam o direito, em cada época, ao universo cultural e político”<sup>47</sup>.

A história possibilita, no fundo, a criticidade. É a crítica uma das características mais valiosas ao ser humano. Sem ela, não há curiosidade, não há vontade de buscar mudanças, não há, em última análise, estímulo para estudar, principalmente aquilo que já passou e que, erroneamente, para os acrícos é imprestável.

Não se pretende – nem de longe – defender os métodos autoritários adotados pelo governo do chamado *período de chumbo*; o que se propõe é demonstrar a importância de entender o passado para ser possível pensar melhor o presente e modificar o futuro, evitando-se, contudo, os erros já cometidos e nada saudosos.

E a retrospectiva pretendida não avança muito no tempo ido – afinal, algumas décadas não passam de *ontem*, se comparadas a toda a história de um país, mesmo no caso de um país novo, como é o Brasil. De qualquer maneira, tratou-se de importante período aos estudiosos do Direito. Isso porque foi um período crítico, no qual o Direito – e a violência – foi muito utilizado para que se lograsse sucesso na manutenção do governo militar.

Na expressão de MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA e RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, “o Poder se defendia de seus inimigos a tiros de lei”<sup>48</sup>. Embora os autores tivessem usado essa expressão fazendo referência à Primeira República de

---

<sup>46</sup> Trecho extraído da exposição de motivos do Anteprojeto da Lei de imprensa elaborada pela comissão de juristas presidida pelo Ministro Evandro Lins e Silva e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, publicada no Diário do Congresso Nacional (Seção III), de 14 de agosto de 1991, p. 4765 (Apud in Voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADPF n.º 130, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, p. 251-252)

<sup>47</sup> ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de; FIGUEIREDO MARCOS, Rui Manuel de. *A Primeira República no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 2010, Nota prévia, p. 6.

<sup>48</sup> Idem, p. 39.

Portugal, tem ela total pertinência à realidade que o Brasil vivenciou com a ditadura militar. Afinal, no Brasil, as leis também eram editadas conforme a necessidade do governo para manter-se à dianteira do poder, frente às ameaças dos cidadãos que protestavam.

Daí a ligação entre as leis de segurança nacional com os crimes políticos e o exercício da imprensa. O governo da época utilizou-se de todos os meios para impedir que os cidadãos insatisfeitos atentassem contra domínio dos militares.

Grupos policiais foram destacados para identificar e apurar movimentações de estudantes, sindicalistas ou qualquer outro tipo de reunião de pessoas que pretendesse ou se suspeitasse criticar os métodos adotados pelo governo<sup>49</sup>. Naquele contexto, qualquer um que se furtasse ao cumprimento das regras impostas pelo regime era considerado subversivo e tais condutas encontravam subsunção em tipos criminais de caráter político. Perseguições, torturas e várias outras afrontas a direitos fundamentais eram toleradas<sup>50</sup>, inclusive.

A marcada censura travestida de liberdade condicionada que acompanhou a história legislativa da imprensa brasileira, também, com as devidas proporções – frise-se – foi vivenciada pelos cidadãos portugueses, no final da Primeira República.

O objetivo, tanto do governo ditatorial brasileiro, quanto do governo da Primeira República portuguesa, no entanto, era o mesmo: a preservação da forma de governo recém-instalada, mantendo-a incólume de ataques de insurgentes.

Vale dizer que, a despeito dos objetivos serem similares, os ideais eram diversos. A implantação da República em Portugal era do interesse da maioria dos cidadãos, era a realização da vontade dessa maioria. Em última análise, a implantação da República portuguesa foi a efetivação da democracia daqueles que antes se escondiam da monarquia e protestavam contra ela. Já no Brasil, a situação era outra. Mesmo com a República implantada há mais tempo, a democracia nem sempre significou a vontade da maioria.

E aqui, mostra-se valiosa a dedicação de algumas linhas sobre a relação da imprensa na Primeira República de Portugal.

---

<sup>49</sup> As estruturas criadas pelo governo recebiam nomes que variavam conforme o Estado da Federação. Os mais comuns foram DOPS (Departamento de Ordem Política e Social) e DOI-CODI (Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna) e os documentos produzidos eram considerados segredo de Estado. Em meados do ano de 2012, o governo brasileiro retirou o caráter de sigilo dos documentos e, em 1º de abril de 2013 os disponibilizou na internet ([http://www.arquivoestado.sp.gov.br/noticia\\_ver.php?id=419](http://www.arquivoestado.sp.gov.br/noticia_ver.php?id=419)). A medida visa permitir que familiares pesquisem informações de parentes desaparecidos na época em que vigeu a ditadura militar o Brasil.

<sup>50</sup> Pormenores sobre abusos cometidos por agentes da ditadura militar, bem como depoimentos de sobreviventes das torturas, podem ser consultados no livro *Brasil: nunca mais* (16. ed., Petrópolis: Editora Vozes, 1986).

Ao contrário das legislações brasileiras, Portugal, nos anos iniciais de sua Primeira República, contou com legislação verdadeiramente voltada à cidadania, no que toca à liberdade de imprensa, dentre outras liberdades.

O Governo Provisório, um dia após a tomada do poder, manteve “a validade dos bilhetes de identidade fornecidos à imprensa, para que os respectivos portadores [pudessem] sem impedimento cumprir sua missão”<sup>51</sup>. Até pela data de publicação (um dia após a instalação da República), essa medida foi tímida, pois só abrangeu os limites de Lisboa.

Em nível nacional, porém, o primeiro ato se deu por meio do Decreto de 28 de outubro de 1910. No mencionado diploma legal, declarou-se a imprensa “livre, independente de caução, censura ou autorização prévia”<sup>52</sup>. A proteção ao exercício livre foi além do que a simples declaração, pois previu punições civis graves<sup>53</sup> para quem impedisse, de alguma forma, o exercício da imprensa.

Não obstante a liberdade declarada e garantida, a imprensa tinha limites de atuação, uma vez que deveria respeitar a honra dos cidadãos. O descumprimento era tido como crime<sup>54</sup>, nos termos da legislação da época.

O anonimato era proibido. Por outro lado, o artigo 13 do Decreto de 28 de outubro de 1910 permitia a discussão dos diplomas legais, doutrinas políticas e religiosas, atos do governo, das corporações e de todos os que exerciam funções públicas. No entanto, as publicações deveriam ter como objetivo o esclarecimento, de modo a preparar a opinião pública para reformas necessárias pelos trâmites legais, bem como incentivar o zelo pela execução das leis, das normas da administração pública e do respeito pelo direito dos demais cidadãos.

O cenário descrito, porém, vigeu apenas até meados da 1ª Guerra Mundial, quando o Decreto 2:270, de 12 de março de 1916, instituiu uma censura velada, já que não era prévia<sup>55</sup>.

De pronto, o artigo 5º do referido Decreto revogou qualquer dispositivo que fosse contrário aos termos constantes naquele diploma legal.

---

<sup>51</sup> *Diário de Notícias* de Lisboa, em 6 de outubro de 1910.

<sup>52</sup> Artigo 1º do Decreto de 28 de outubro de 1910, Seção do Ministério da Justiça, publicado em 29 de outubro de 1910.

<sup>53</sup> Artigo 2º do Decreto de 28 de outubro de 1910, Seção do Ministério da Justiça, publicado em 29 de outubro de 1910.

<sup>54</sup> Artigos 10 e 11, do Decreto de 28 de outubro de 1910, Seção do Ministério da Justiça, publicado em 29 de outubro de 1910.

<sup>55</sup> Artigo 3º, do Decreto 2:270, Seção do Ministério do Interior, de 12 de março de 1916.

O clima era de tensão nacional. Conforme constou no preâmbulo do decreto em comento, sob o pretexto de contar com o patriotismo de todos os cidadãos, a defesa dos interesses nacionais e a imperiosa necessidade de manter cuidadosa vigilância só seriam possíveis com a proibição da propalação de notícias falsas e inconvenientes, sem o que não restaria perfeita a segurança do Estado.

Com tal discurso, o governo atribuiu autoridade aos agentes policiais e administrativos para apreender ou mandar apreender os periódicos, outros impressos, escritos ou desenhos de qualquer modo publicados, nos quais se divulgassem boato ou informação capaz de alarmar o espírito público ou de causar prejuízo ao Estado, no que respeitasse, quer a sua segurança interna ou externa, quer aos interesses em relação a nações estrangeiras, ou ainda aos trabalhos de preparação ou execução de defesa militar<sup>56</sup>.

A censura declarada não demorou a chegar. Na verdade, em precisos quinze dias depois, o governo publicou a Lei n.º 495, de 28 de março de 1916, com a qual, “em nome da Nação”, decretaram a censura preventiva enquanto durasse a 1ª Grande Guerra<sup>57</sup>.

Importa dizer que os textos censurados eram substituídos por espaços em branco<sup>58</sup>. Algumas vezes, os editores dos periódicos substituíam os textos censurados por outros que destoavam completamente do assunto tratado naquele espaço<sup>59</sup>, como forma de protesto à censura e para mostrar aos leitores que ali tinha um texto censurado. Exemplo disso era a aposição de um classificado em meio às notícias sobre a guerra.

A colação do recorte histórico da Primeira República de Portugal visa a demonstrar que a censura foi instituída de forma gradativa, pelo governo, mas sempre a fim de manter a forma de governo desejada pela maioria dos cidadãos. Na ocasião, o

---

<sup>56</sup> Artigo 1º, do Decreto 2:270, Seção do Ministério do Interior, de 12 de março de 1916.

<sup>57</sup> Artigo 1º, da Lei n.º 495, de 28 de março de 1916.

<sup>58</sup> Em pesquisa feita nos exemplares do jornal “Diário de Notícias”, desde o dia 1º de julho até o dia 31 de dezembro de 1916, constatou-se várias incidências de espaços brancos, indicativos do exercício da censura. O resultado da pesquisa deverá ser lido pela legenda “página-dia/mês”, a saber, 1-8/7; 1-11/7; 1-12/7; 1-13/7; 1-15/7; 2-23/7; 2-26/7; 1-28/7; 1-30/7; 2-30/7; 1-1/8; 3-1/8; 2-2/8; 2-7/8; 1-11/8; 2-22/8; 1-26/8; 2-29/8; 2-31/8; 1-1/9; 1-5/9; 2-6/9; 2-12/9; 1-13/9; 1-15/9; 1-16/9; 1-19/9; 2-19/9; 1-20/9; 1-22/9; 2-27/9; 1-29/9; 1-1/10; 1-5/10; 1-8/10; 1-10/10; 1-11/10; 2-11/10; 1-14/10; 2-14/10; 1-15/10; 1-17/10; 1-19/10; 1-20/10; 1-21/10; 2-21/10; 1-22/10; 1-24/10; 1-26/10; 1-27/10; 1-29/10; 1-31/10; 1-1/11; 3-1/11; 1-5/11; 2-7/11; 2-14/11; 2-21/11; 1-25/11; 2-5/12; 1-8/12; 1-11/12; 1-12/12; 4-15/12; 1-17/12; 1-19/12; 4-19/12; 2-22/12; 1-23/12; 1-24/12; 1-25/12 e; 1-28/12.

<sup>59</sup> Em pesquisa feita nos exemplares do jornal “Diário de Notícias”, desde o dia 1º de julho até o dia 31 de dezembro de 1916, constatou-se os seguintes resultados, a saber, na página 3, do dia 29/10, a substituição foi por um classificado; na página 1, do dia 2/11, a substituição foi por um agradecimento de esmola, em meio à seção destinada aos assuntos sobre a guerra; na página 1, do dia 17/11, a substituição foi por um anúncio de bolo rei da pastelaria Marques, em meio à seção destinada aos assuntos sobre a guerra; na página 1, do dia 4/12, a substituição foi pelo anúncio “Lopes Sequeira. Artigos de moda e rouparia. Rua do Ouro 285 a 293”, em à seção destinada aos assuntos sobre a guerra; o mesmo ocorreu no dia 13/12 e; na página 1, do dia 29/12, a substituição foi pela tabela de preço dos anúncios do jornal, em meio à seção destinada aos assuntos sobre a guerra.

objetivo da censura foi evitar que os cidadãos pudessem sentir a República fraca ante a Grande Guerra e, erroneamente, preferir a Monarquia, por acreditar que a antiga forma de governo pudesse ser mais eficaz na defesa dos interesses nacionais, do que da época<sup>60</sup>.

E aqui, cumpre frisar que a censura em nenhuma hipótese e sob qualquer pretexto deve ser admitida em um Estado de Direito. Todos os cidadãos devem ter acesso às informações, sejam elas quais forem e vindas de onde vierem.

Mesmo assim, vale lembrar que o pano de fundo da censura da Primeira República era a defesa da forma de governo desejada pela maioria dos cidadãos portugueses.

No Brasil, a situação foi outra. A censura sempre foi utilizada para manter a salvo os interesses das minorias. Tanto é verdade que desde a época regencial as legislações não usavam a censura prévia declaradamente<sup>61</sup>, exceção feita ao Ato Institucional n.º 5, da ditadura militar.

Parêntese feito, retoma-se do ponto em que o Supremo Tribunal Federal analisou a questão da eventual recepção da Lei n.º 5.250/1967 pela Constituição vigente, que data de 5 de outubro de 1988.

Como dito, a lei em comento teve seu nascedouro na vigência da ditadura militar, razão pela qual apresentava diversos dispositivos não-democráticos, sem os

---

<sup>60</sup> Convém dizer, que a Primeira República foi derrubada pelo exército, na altura comandado pelo general Gomes da Costa – o qual contou com o apoio da igreja católica apostólica romana que perdera poder e por industriais insatisfeitos com os altos impostos ([http://www.infopedia.pt/\\$primeira-republica](http://www.infopedia.pt/$primeira-republica) – Acesso em 15.05.12).

<sup>61</sup> Exemplo do que foi dito pode ser encontrado no “Decreto de 18 de junho de 1822, com a rubrica do Príncipe Regente e o texto de José Bonifácio de Andrada e Silva, que alertava sobre a necessidade de atuação da ‘Suprema lei de salvação pública’ para evitar que ‘ou pela imprensa, ou verbalmente ou de qualquer outra maneira propaguem e publiquem os inimigos da ordem e da tranqüilidade e da união, doutrinas incendiárias e subversivas, princípios desorganizadores e dissociáveis, que promovendo a anarquia e a licença, ataquem o sistema que os povos deste grande riquíssimo Reino, por sua própria vontade escolheram, abraçaram e requereram...’.

Embora a ressalva do aludido decreto no sentido de não ofender a ‘liberdade bem-entendida da imprensa que desejoso sustentar e conservar, e que tantos bens tem feito à causa segredada da liberdade brasileira’, a vontade do poder e a situação política e institucional do Brasil daqueles tempos já estavam a conjurar contra a proclamada liberdade.

Se no crepúsculo da Colônia que se aludia às doutrinas ‘incendiárias e subversivas’ espalhadas pela imprensa ou mesmo verbalmente, no início do período imperial não se modificaram critérios, e os meios de repressão. A Carta de Lei de 2 de outubro de 1823, decretada pela Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, após declarar em seu primeiro artigo que ‘nenhum escrito, de qualquer qualidade, volume ou denominação, são sujeitos à censura, nem antes, nem depois de impressos’, hostilizava, logo em seguida, aquela petição de princípios ao punir todos que: negassem a verdade dos dogmas da religião católica romana; defendessem dogmas falsos; excitassem o povo à rebelião tanto por ação direta quando por meios indiretos ‘fazendo alegorias, espalhando desconfianças’ ou atacassem a forma de Governo, a moral cristã ou os bons costumes. O elenco de discriminações e restrições tinha como vertente a concepção autoritária em torno dos crimes políticos e religiosos.

A contradição entre a proclamação otimista dos primeiros dispositivos e os textos imediatos das leis de imprensa em nosso País, assumiu conformação rotineira. A propósito, basta a simples leitura dos seguintes diplomas: Carta de Lei de 20 de setembro de 1830; Decreto n.º 4.269, de 17 de janeiro de 1921; Lei n.º 4.743, de 31 de outubro de 1923; Decreto n.º 24.776, de 14 de julho de 1934; Lei n.º 2.083, de 12 de novembro de 1953 e Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Trecho extraído da exposição de motivos do Anteprojeto da Lei de imprensa elaborada pela comissão de juristas presidida pelo Ministro Evandro Lins e Silva e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, publicada no Diário do Congresso Nacional (Seção III), de 14 de agosto de 1991, p. 4765 *Apud in* Voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADPF n.º 130, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, p. 250-251).

quais não seria possível ao governo exercer fiscalização preventiva do exercício das liberdades de expressão e de pensamento, de um modo geral. É verdade também – do ponto de vista legal – que a fiscalização era velada, uma vez que a imprensa era declarada livre no artigo 1º, *caput*<sup>62</sup>.

Desde a edição da Lei n.º 5.250/67, fato é que até a data do julgamento da ADPF n.º 130, passaram-se “quarenta e dois anos, dois meses e vinte e um dias e, desse período, vinte anos, seis meses e vinte e quatro dias, vigente a Constituição Federal”<sup>63</sup> de 5 de outubro de 1988. Durante esse tempo, coube ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, equacionar os conflitos entre os dispositivos da lei e os direitos fundamentais dos cidadãos, bem como os da própria imprensa<sup>64</sup>.

Como dado processual importante, vale dizer que entre a data de propositura da ADPF n.º 130 e seu julgamento, todos os processos que apuravam infrações a dispositivos da Lei n.º 5.250/67, em andamento no Brasil, tiveram seus cursos suspensos. Isso por força do deferimento, pelo relator, o MINISTRO CARLOS AYRES BRITO, de um pedido liminar formulado pelo Arguente<sup>65</sup>.

#### 4.1. A ANÁLISE DA LEI N.º 5.250/1967, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O acórdão foi proferido em um instrumento constitucional denominado Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que é “fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade” e, segundo a maioria<sup>66</sup> do Tribunal, “é a via adequada à impugnação de norma pré-constitucional”<sup>67</sup>. Isso porque a Lei 5.250/67 não poderia ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em obediência à “teoria kelseniana de que toda nova Constituição priva de eficácia as leis com ela incompatíveis materialmente (fenômeno

---

<sup>62</sup> “É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.”

<sup>63</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 134.

<sup>64</sup> Sim, para a própria imprensa. Afinal, a lei previa responsabilidade penal objetiva, dentre outras previsões prejudiciais aos órgãos da imprensa e seus profissionais.

<sup>65</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 16.

<sup>66</sup> O Ministro Marco Aurélio de Melo entendeu não ser o meio processual mais correto para revogar lei inteira. Para ele, trata-se “de uma ação de decumprimento de preceito fundamental, não com uma ação direta de inconstitucionalidade ou uma ação declaratória de constitucionalidade”. Continuou, dizendo que a confusão dos instrumentos não era admissível, uma vez que “o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental – a pressupor sempre, como está na nomenclatura, descumprimento de preceito fundamental – e o objeto das ações a que [se referiu] – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, que se fazem presentes também mediante processo objetivo – são distintos” (Acórdão da ADPF n.º 130, p. 295).

<sup>67</sup> Idem, p. 2.

da não recepção do Direito velho pela nova Constituição, o que afasta o argumento da inconstitucionalidade superveniente)”<sup>68</sup>.

Ultrapassada a pertinência processual da ADPF, os ministros da Suprema Corte brasileira analisaram o mencionado diploma legal sob diversos ângulos, a saber, o regime constitucional da liberdade de imprensa como reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional; *o âmbito de proteção do capítulo destinado à comunicação social, bem como seu caráter prolongador de bens da personalidade emanados da dignidade da pessoa humana*; relação de mútua causalidade entre a liberdade de imprensa e a democracia; a influência da imprensa como instância natural de formação de opinião pública; *a permissibilidade ou não de regular o exercício da imprensa por meio de lei infraconstitucional*; *a possibilidade de autorregulação e regulação social da atividade de imprensa*; *a recepção ou não da Lei n.º 5.250/67, pela Constituição de 1988*.

Por critério organizacional, nos próximos subtópicos serão explorados apenas os itens em *itálico*, sendo os demais aproveitados em momento posterior.

#### 4.1.1. O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO CAPÍTULO DESTINADO À COMUNICAÇÃO SOCIAL, BEM COMO SEU CARÁTER PROLONGADOR DE BENS DA PERSONALIDADE EMANADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

É questão primordial identificar a dimensão da área dentro da qual o Legislador Constituinte reservou proteção a determinado bem jurídico, quando elaborou o texto constitucional. Sem isso, qualquer análise posterior será marcada pela precariedade, pela fragilidade e, em última análise, pela imprestabilidade. No caso da comunicação social, o domínio dessa dimensão mostra-se relevante à própria democracia.

Sendo assim, partir-se-á da premissa de que a imprensa é uma atividade. “Mas atividade que, pela sua força de multiplicar condutas e plasmar caracteres, ganha a dimensão de instituição-ideia. *Locomotiva sócio-cultural* ou ideia-força. Nessa medida, atividade (a de imprensa) que se põe como a mais rematada expressão do jornalismo; quer o jornalismo como profissão, quer o jornalismo enquanto vocação ou pendor individual (pendor que é frequentemente identificado como arte, ou literatura). Donde a

---

<sup>68</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 14-15.

Constituição mesma falar de ‘liberdade de informação jornalística’ (§1º do art. 220), expressão exatamente igual a liberdade de imprensa”<sup>69</sup>.

Como segunda premissa, no entanto, tem-se que a imprensa constitui-se por um “conjunto de órgãos, veículos, ‘empresas’, ‘meios’, (...), juridicamente personalizados (§5º do art. 220, mais o §5º do art. 222 da Constituição Federal)”<sup>70</sup>.

Logo, a imprensa deve ser analisada, sempre, por dois ângulos: como um valor social e, portanto, um bem jurídico, e como uma empresa privada. No caso de empresa privada que explore serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, é ela considerada prestadora de serviço público e, portanto, concessionária, nos termos da alínea *a*, do inciso XI, do artigo 21, da Constituição do Brasil<sup>71</sup>.

Vale dizer que, como desdobramento da imprensa-ideia, especificamente quanto ao pendor individual mencionado, incluem-se as modalidades amadoras de exercício da liberdade de imprensa (panfletos, cartazes etc.), razão pela qual tais meios não formalizados (do ponto de vista jurídico) não são considerados como concessionárias de serviço público, tampouco empresas privadas de imprensa, mas sim, como o mais puro exercício da liberdade de expressão e do pensamento, de forma geral<sup>72</sup>.

Sem embargo, a imprensa também reivindica importante aspecto, qual seja, a pluralidade dos veículos/indivíduos que desempenham tal função, sob pena de haver mono ou oligopólio de informação, o que seria absolutamente incompatível com um Estado de Direito.

Vista dessa forma – como ideal, como aparato e pluralidade –, a comunicação social adquire a robustez necessária para desempenhar sua função em um Estado de Direito. Só assim é possível exteriorizar o pensamento e difundi-lo entre os cidadãos, de modo que esses cidadãos tenham condições de exercer sua função precípua em uma democracia, qual seja, a detenção do poder.

Detenção que não pode ser meramente formal. É preciso que seja cada vez mais efetiva. E para tanto, a circulação do pensamento deve ser livre dentre todos os cidadãos, sem qualquer exceção; até porque, democracia não subsiste somente pelo

---

<sup>69</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 22. No mesmo sentido, ver trecho do voto do Ministro Menezes Direito, no qual ele cita a obra *Écrits de Jeunesse*. 1816-1828, Mouton – La Haye, Paris, 1970, p. 147-159 (Acórdão da ADPF n.º 130, p. 88).

<sup>70</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>71</sup> “Art. 21. Compete à União:

(...)

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.”

<sup>72</sup> Máxime com o desenvolvimento desmesurado da internet.

voto, mas, principalmente, pela circulação livre de pensamentos. Tanto é verdade que “os regimes totalitários convivem com o voto, nunca com a liberdade de expressão”<sup>73</sup>.

Por tal razão, “a imprensa passa a se revestir da característica central de instância de comunicação de massa, de sorte a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Opinião pública ou modo coletivo de pensar e sentir acerca de fatos, circunstâncias, episódios, causas, temas, relações que a dinamicidade da vida faz emergir como respeitantes à coletividade mesma. Incumbindo à imprensa o direito e ao mesmo tempo o dever de sempre se postar como o olhar mais atento ou o foco mais acesso sobre o dia-a-dia do Estado e da sociedade civil”<sup>74</sup>.

Ocorre que o exercício dessa incumbência provoca, não raro, atritos entre o Estado e os comunicadores em geral. Daí a importância do Legislador Constituinte – recém-saído do período ditatorial e talvez imerso em um “clima de embriaguez democrática”<sup>75</sup> – ter reservado um capítulo específico à Comunicação Social, na Carta da República de 1988. Sem esse cuidado prestimoso, a circulação de informação dependeria exclusivamente de dispositivos infraconstitucionais, condição temerária a um valor social de tamanha importância à democracia, valor que poderia ser, inclusive, abolido por vontade parlamentar.

E aqui cumpre esclarecer que diferentemente de Portugal, a Constituição do Brasil alça os direitos e garantias individuais a uma categoria de proteção diferenciada, pela qual é vedada qualquer alteração àqueles direitos e garantias, ainda que por emenda constitucional. Essa proteção especial é denominada por cláusula pétreia e está sedimentada no § 4º, do artigo 60, da Constituição de 1988<sup>76</sup>.

A despeito do Capítulo destinado à Comunicação Social não estar compreendido no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a Constituição não é um texto comum, pois embora reúna em um texto global, títulos, capítulos, artigos,

---

<sup>73</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 91.

<sup>74</sup> Idem, p. 23-24. No mesmo sentido, citando Dworkin, o Ministro Menezes Direito diz que o Estado e a imprensa aumentaram seu poder conjuntamente, “numa espécie de simbiose constitucional: a influência da imprensa decorre em grande parte da justificada crença do público de que uma imprensa livre e poderosa serve para impor bem-vindas restrições às atitudes de segredo e desinformação por parte do Estado. A intenção mais básica dos autores da Constituição era a de criar um sistema equiparado de restrições ao poder: o papel político da imprensa agindo dentro de uma imunidade limitada em relação aos seus próprios erros, parece agora um elemento essencial desse sistema – pelo fato mesmo de a imprensa ser a única instituição dotada de flexibilidade, do âmbito e da iniciativa necessárias para descobrir e publicar as mazelas secretas do Executivo, deixando a cargo das outras instituições do sistema a tarefa de saber o que fazer com essas descobertas (O direito da liberdade, Martins Fontes, 2006, pág. 300)” (Idem, p. 85-86).

<sup>75</sup> Idem, p. 134.

<sup>76</sup> “§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais”

incisos e alíneas, não deixa de ter um “fio condutor, ora perceptível, ora não. Esse ponto inicial é representado pelo modelo jurídico adotado, ou seja, pelo Estado (Social e) Democrático de Direito que se suporta sobre cinco pilstras (art. 1º) claramente definidas e que tem objetivos fundamentais devidamente explicitados (art. 3º). Não há, portanto, possibilidade de se considerarem os direitos e garantias fundamentais, explicitados nos vários capítulos do Título II da Constituição Federal, como um compartimento estanque totalmente desligado dos princípios estruturais da Constituição Federal. Há, em verdade, uma interpenetração recíproca entre os direitos e garantias fundamentais e o Estado (Social e) Democrático de Direito. Os direitos e garantias fundamentais só existem e podem ser preservados num Estado (Social e) Democrático de Direito, e não existe um Estado (Social e) Democrático de Direito sem um catálogo de direitos e garantias fundamentais. Os direitos e garantias fundamentais não se esgotam, contudo, nesse catálogo. Há outros fora dele, isto é, sem explícito registro constitucional. Isso não significa, contudo, que percam o seu nível constitucional e que, portanto, estejam desprovidos de seu caráter positivo. O texto dos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da Constituição Federal são por demais explícitos: a) os direitos e garantias catalogados não excluem outros direitos e garantias que decorram do regime e dos princípios adotados pela Constituição; b) os direitos e garantias fundamentais, catalogados ou não, têm aplicação imediata”<sup>77</sup>.

É de se valorizar, ainda que por analogia<sup>78</sup>, os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo os quais “haver-se-ão de considerar como direitos fundamentais aqueles direitos extraconstitucionais que sejam equiparáveis, pelo seu objeto e pela sua importância, aos diversos tipos de direitos fundamentais de grau constitucional”<sup>79</sup>.

Desse modo, negar *status* de direito fundamental à comunicação social – pelo viés de instituição-ideia ou de instituição política – é, em última análise, negar o mesmo nível hierárquico à dignidade da pessoa humana. Afinal, do ponto de vista científico, a liberdade de expressão, incorporada pela liberdade de imprensa, “íntegra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das ideias. (...) vista como instituição e não como direito, divide o espaço constitucional com a dignidade da pessoa humana,

---

<sup>77</sup> FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>78</sup> Por analogia, já que os autores fazem referência a direitos fundamentais extraconstitucionais. No entanto, o raciocínio é o mesmo.

<sup>79</sup> *Apud* FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Op. cit.*, p. 101-102.

que lhe precede em relevância pela natureza mesma do ser do homem, sem a qual não há liberdade, nem democracia”<sup>80</sup>.

Ademais, a imprensa é o valor social que garante ao cidadão, a condição própria de cidadão. E ao falar em cidadão, não se está referindo àquela simplória condição de ter um documento de identificação nacional e habitar uma cidade. Está-se, em verdade, referindo-se ao sujeito de direitos comprometido com a essência do vocábulo “cidadania”, o sujeito que habita a cidade e que “se interessa por tudo que é de todos; isto é, cidadania como o direito de conhecer e acompanhar de perto as coisas do Poder, os assuntos da pólis. (...). Saltando aos olhos que tais direitos são tanto melhor exercidos quanto mais denso e atualizado for o acervo de informações que se possa obter por conduto da imprensa”<sup>81</sup>.

Nesse sentido, é bom dizer que a imprensa é tida como “o mais acessado e por isso mesmo o mais influente repositório de notícias do cotidiano, concomitantemente com a veiculação de editoriais, artigos assinados, entrevistas, reportagens, documentários, atividades de entretenimento em geral, (...), acompanhamento dos atos do Poder e da economia do País (...)”<sup>82</sup>.

Por conseguinte, a imprensa é hoje um meio de acesso à cidadania. E cidadania, importa esclarecer, é um dos fundamentos do Estado brasileiro, nos termos do inciso II, do artigo 1º, da Constituição.

E para tanto, para que seja um facilitador do exercício da cidadania, a imprensa deve ser livre e plural, como já dito. Nesse ponto, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, diante da colisão entre a garantia do exercício da liberdade de imprensa e a proteção dos direitos de personalidade dos cidadãos, entendeu que a melhor forma de equalizar a questão seria aplicar o processo de ponderação<sup>83</sup> em dois blocos de proteção, sendo que um se sobreporia ao outro em um momento e, posteriormente, o outro se sobreporia ao primeiro, se acaso houvesse violação a algum direito individual de personalidade.

Dito de outra forma, a maioria da composição do STF entendeu que, em um primeiro momento, a imprensa deveria ser livre e plural, sem o que não poderia munir

---

<sup>80</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 90.

<sup>81</sup> Idem, p. 38.

<sup>82</sup> Idem, p. 24-25.

<sup>83</sup> “No processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão [do caso Lebach, da jurisprudência alemã], na qual restou íntegro o direito de noticiar fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito da personalidade (Revista de Informação Legislativa n.º 122/297)” (Idem, p. 86).

os cidadãos de informações para que esses pudessem fiscalizar os Poderes do Estado. No entanto, se no exercício da liberdade de imprensa, fossem violados direitos individuais de personalidade do cidadão, surgiria a esse o direito subjetivo de socorrer-se ao Poder Judiciário para reclamar as respectivas reponsabilizações dos agentes de imprensa.

E como toda maioria implica a existência de uma minoria, alguns trechos do voto proferido pela MINISTRA ELLEN GRACIE, embora contrários ao posicionamento vencedor, merecem destaque por sua sensibilidade.

“Não descuido, tal como fez o nobre relator, do dogma, conquistado a duras penas pelos Estados Democráticos de Direito, de que a imprensa é essencialmente livre ou, então, não é imprensa, não podendo o Estado cair na tentação de se fazer intermediário entre as atividades de expressão e informação e a sociedade.

No entanto, não enxergo, com a devida vênia, uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais.

Entendo, (...), que a inviolabilidade dos direitos subjetivos fundamentais, sejam eles quais forem, não pode ser colocada na expressão adotada pelo eminente relator, num ‘estado de momentânea paralisia’ para o pleno usufruto de apenas um deles individualmente considerado. A idéia de calibração temporal ou cronológica, proposta por Sua Exa., representaria, a meu sentir, a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de terceiros. É de todos bastante conhecida a metáfora de que se faz a respeito da busca tardia pela reparação da honra injustamente ultrajada, esforço correspondente àqueles de reunir as plumas de um travesseiro, lançadas do alto de um edifício”<sup>84</sup>.

Não obstante, o STF – e nesse ponto unanimemente –, pacificou o entendimento de que os direitos individuais de personalidade devem ser entendidos como “situações jurídicas ativas que o Direito Constitucional vai positivando como expressão de vida humana digna. Direitos subjetivos que são ditados em harmonia com o grau de avanço cultural de cada povo, correspondendo à âncora político-filosófica de que não basta ao ser humano viver; é preciso fazê-lo com dignidade. Não como requisito de formação da personalidade, mas de sua justa e por isso mesmo imperiosa

---

<sup>84</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 128.

valorização. Logo, direitos subjetivos que densificam, entre nós, o princípio estampado no inciso III do art. 1.º da nossa Constituição, não por acaso nominado como ‘dignidade da pessoa humana’<sup>85</sup>.

Isso posto, força é convir que a comunicação social é direito fundamental não catalogado como tal, mas que nem por isso deixa de sê-lo, uma vez que se revela imprescindível à outorga de dignidade ao cidadão.

E assim, estabelecida a condição constitucional da comunicação social, bem como seu caráter prolongador de bens da personalidade emanados da dignidade da pessoa humana, como fio condutor da vida social e política, o Supremo Tribunal Federal passou a analisar a possibilidade ou não de lei infraconstitucional regular o exercício da comunicação social.

#### 4.1.2. A PERMISSIBILIDADE OU NÃO, PELA CONSTITUIÇÃO, DE REGULAR O EXERCÍCIO DA IMPRENSA POR MEIO DE LEI INFRACONSTITUCIONAL

Aqui, o cerne da questão é “saber se o art. 220 da Constituição, com sua redação literal aparentemente indicativa de uma liberdade de imprensa praticamente absoluta, admite conformações e restrições legislativas; ou, em outros termos, se o significado constitucional da liberdade de imprensa é compatível com uma lei específica reguladora de aspectos diversos da atividade, das funções e da responsabilidade (civil e penal) dos comunicadores em geral no Brasil”<sup>86</sup>.

É verdade que a imprensa exige liberdade. No entanto, é bom lembrar que a própria Constituição conjugou a liberdade da imprensa e a proteção dos direitos individuais dos cidadãos, em um mesmo espaço de convivência.

E conviver significa “viver em comum com outrem em intimidade, em familiaridade”<sup>87</sup>. Claro que os termos do conceito extraído do dicionário têm mais aplicabilidade a uma relação entre seres humanos, contudo, a essência que se extrai do vocábulo é a importância do trato constante, um bom trato, o que implica em limites convivenciais entre as liberdades em comento.

---

<sup>85</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 60.

<sup>86</sup> Idem, p. 207.

<sup>87</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Miniaurélio: minidicionário da língua portuguesa. Coord. Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira. 6. ed., rev. e atual., Curitiba: Positivo, 2004, p. 267.

Nesse ponto, é interessante a transcrição, sem cortes, de trecho do voto do Ministro Menezes Direito, do Supremo Tribunal Federal:

“[Quanto] mais forte se põe a instituição, mais frágil se torna. Por quê? Porque estimula a arrogância e enaltece o arbítrio e a sensação de permanente acerto. Isso me leva à compreensão de que só existe garantia de preservação institucional quando um sistema de pesos e contrapesos é posto num mesmo patamar de proteção de tal modo que sejamos capazes de identificar limites. Limites são sempre esteio da convivência social, como apanágio mesmo da tolerância e da capacidade humana de superar o absoluto que não é compatível com a natureza mesma das sociedades democráticas. Nenhuma instituição pode arrogar-se em deter o absoluto, a vedação inconsequente de encontrar o seu espaço de agir desrespeitando o espaço de agir das outras instituições. Daí que se torna relevante, pelo menos na minha avaliação, no que tange ao conflito entre a liberdade de informação e a dignidade da pessoa humana na projeção positiva dos direitos da personalidade, estabelecer o padrão de comportamento do Estado, capaz de por meio de suas instituições absorver a tensão e desfazê-la para estabelecer um modo de convivência institucional que nem destrua a liberdade de imprensa nem avilte a dignidade do ser do homem.

Esse fazer exige uma dedicação não apenas no plano do discurso, mas concreta, capaz de estabelecer alguns critérios possíveis para esvaziar o conflito. Deixar sem essa mediação será como condenar no tempo seja a liberdade de imprensa seja a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, penso que não será razoável estabelecer o padrão de vedação pura e simples da mediação do Estado por seus órgãos na regulação do tema. Isso pode e deve ser feito considerando o princípio da reserva qualificada previsto na Constituição Federal”<sup>88</sup>.

A reserva qualificada a que se referiu o Ministro Menezes Direito está diretamente ligada aos incisos IV<sup>89</sup>, V<sup>90</sup>, X<sup>91</sup>, XIII<sup>92</sup> e XIV<sup>93</sup>, do artigo 5.º da

---

<sup>88</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 92-93.

<sup>89</sup> “IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”

<sup>90</sup> “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

<sup>91</sup> “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.”

<sup>92</sup> “XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

<sup>93</sup> “XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

Constituição do Brasil, em clara obediência ao § 1.º do artigo 220 da mesma Carta Magna.

E esse parágrafo 1º é rico de informações, na medida em que complementa o *caput*. Complemento que cria verdadeiro divisor de águas, pois além de exigir uma lei infraconstitucional, determina ao legislador ordinário o alcance dessa lei.

Quando o *caput* do artigo 220 estabelece que “a manifestação do pensamento, criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição”, dá ordem ao legislador ordinário, no sentido de ser inadmissível a criação de dispositivos legais com “conteúdo punitivo, impeditivo do exercício de imprensa, isto é, que criem condições de intimidação. Com isso, veda-se qualquer tipo de censura à veiculação de notícias ou coerção à liberdade de informação jornalística”<sup>94</sup>.

No entanto – é bom que fique frisado –, o parágrafo 1º determina ao legislador que crie lei infraconstitucional, como limite à liberdade de imprensa, no sentido de proteger os direitos individuais dos cidadãos, a fim de preservar a dignidade desses<sup>95</sup>.

A leitura conjugada do *caput* do artigo 220 e de seu parágrafo 1º é uma ordem de aceleração, seguida de uma de frenagem, de modo a se obter uma velocidade mediana, velocidade recomendável para o bom tráfego da democracia.

A aceleração e a frenagem referidas exigem responsabilidade daqueles que exercitam a liberdade de imprensa, pois é preciso ser razoável nesse exercício para não haver violação de liberdades individuais dos demais cidadãos, sem o que, a convivência, o trato constante de que se falou, torna-se utópico.

Dessa maneira, tem-se claro que a liberdade de expressão não é direito absoluto, mas, sim relativo, razão pela qual uma legislação infraconstitucional para regular o exercício dessa liberdade é totalmente compatível com um Estado de Direito, visto que ela seria de fundamental importância para proteger, garantir e efetivar as liberdades individuais, em total harmonia com o artigo 220 da Constituição do Brasil, estabelecendo um equilíbrio social.

Importante frisar que o Tribunal Federal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) já se pronunciou, no famoso caso Lüth, no sentido de que “os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos

---

<sup>94</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 93.

<sup>95</sup> No mesmo sentido, *Idem*, p. 217.

fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados”<sup>96</sup>, de modo que “os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado”<sup>97</sup>.

Assim, “na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático”<sup>98</sup>.

A imprensa, em sua dimensão objetiva ou institucional, como já dito, revela-se em verdadeira garantia constitucional. E o papel das garantias constitucionais é bem definido, no sentido de serem instrumentos para a efetivação de direitos, atividade que exige do Estado uma intervenção do legislador ordinário, a fim de que seja proporcionada segurança jurídica ao cidadão e às empresas da imprensa.

Vale dizer, “a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico dever constitucional de legislar (*Verfassungsauftrag*), que obriga o legislador a expedir atos normativos ‘conformadores’ e concretizadores de alguns direitos”<sup>99</sup>.

Bem por isso, a lei de imprensa torna-se instrumento essencial, em razão do viés institucional mencionado, para a efetivação da liberdade de imprensa, sendo, portanto, obrigação do legislador estabelecer regras de convivência entre os valores fundamentais expressos no artigo 220, da Constituição de 1988. Dito de outra forma, é dever do legislador ordinário viabilizar o exercício da liberdade de imprensa – livre e plural – e, ao mesmo tempo, proteger efetivamente os direitos individuais dos cidadãos, determinados no §1º do referido dispositivo constitucional.

Nesse ponto, o MINISTRO GILMAR MENDES, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, esgotou a matéria em sua análise:

“A própria formulação do texto constitucional – ‘Nenhuma lei conterá dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV’ – parece explicitar que o

---

<sup>96</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts, der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 112 *Apud in* Acórdão da ADPF n.º 130, p. 219.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 220.

<sup>98</sup> *Idem*, p. 219.

<sup>99</sup> BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 4.ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 327 *Apud in* Acórdão da ADPF n.º 130, p. 224.

constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa.

Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, como também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade.

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

(...)

Como se vê, a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista, sobretudo, a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

(...)

Tem-se, pois, aqui expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, com os direitos da personalidade em geral”<sup>100</sup>.

Ademais, “a lei, nesse ponto, cumpre o fundamental papel de proteção da liberdade de imprensa em seu duplo significado, como direito subjetivo e como princípio objetivo ou garantia institucional. Assegura o exercício da liberdade de imprensa não só contra o Estado, mas também em face da própria imprensa. É tarefa da lei, acima de tudo, proteger o indivíduo contra o abuso do poder da imprensa”<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 226-228.

<sup>101</sup> Idem, p. 256.

Em conclusão, um Estado de Direito que tenha lei reguladora do exercício da imprensa não pode, só por isso, ser tido como um Estado antidemocrático. Como exemplos, citam-se alguns casos de países democráticos que dispõem, em seus ordenamentos jurídicos, de leis reguladoras do exercício da imprensa, a saber, Portugal, Alemanha, Chile, França, México, Peru, Uruguai, entre outros.

#### 4.1.2.1. A POSSIBILIDADE DE AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA

Se a trajetória legislativo-histórica da imprensa no Brasil é marcada pela censura e pela necessidade de impor-se frente ao poder do Estado, atualmente a situação é outra. Na verdade, a imprensa adquiriu tamanha imporância e respeitabilidade que talvez represente um poder social de mesma força e tamanho – quiça maior – daqueles clássicos, tendo em vista sua condição de formador de opinião pública.

Pode-se até falar em efetiva paridade de armas entre a imprensa e o Estado. Corretas, portanto, as considerações do já citado Ossenhühl, no sentido de que “hoje não são tanto os media que têm de defender a sua posição contra o Estado, mas, inversamente, é o Estado que tem de acautelarse para não ser cercado, isto é, manipulado pelos media”<sup>102</sup>.

Também é verdade, que abusos são cometidos no desempenho do exercício da liberdade de imprensa. Convém mencionar que é muito tênue a linha que separa a liberdade e a violação de direitos fundamentais, sendo certo que os prejuízos advindos das violações podem ser avassaladores, quando não impossibilitam qualquer tipo de reparação por quem os sofre<sup>103</sup>.

Por tal razão, não obstante a importância de lei reguladora, conforme demonstrado no subtópico anterior, também é de se pensar na criação de um sistema autorregulador ou de autocontrole no que tange à imprensa.

O MINISTRO GILMAR MENDES enriqueceu seu voto, na ADPF n.º 130, com a feitura de pesquisa de Direito comparado. Pesquisa que, dentre outros pontos interessantes, chamou atenção à existência do *Pressekodex*, conjunto de princípios<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> *Apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal...*, p. 63. No mesmo sentido, Vital Moreira (*Op. cit.*, Coimbra, 1994, p. 9. *Apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. cit.*, p. 62).

<sup>103</sup> No mesmo sentido e com exemplo, ver *O Caso Escola Base – Os abusos da Imprensa* (RIBEIRO, Alex. São Paulo: Ática, 1995, p. 152-154).

<sup>104</sup> “Entre os princípios estabelecidos pelo *Pressekodex* estão: liberdade e independência da imprensa (preâmbulo); proteger e respeitar a dignidade humana (artigo 1); respeitar a intimidade e a privacidade (Artigo 8); realizar pesquisa

que devem ser respeitados pela imprensa alemã. Trata-se de normas criadas por um sistema de autorregulação da imprensa, criado em 1956 e composto por associações de editores e jornalistas da Alemanha.

O Conselho de Imprensa alemão conjuga funções de corregedoria e ouvidoria, visto que “é responsável por verificar se os princípios estabelecidos pelo *Pressekodex* estão sendo obedecidos pela imprensa e por receber reclamações e denúncias da população com relação às publicações de jornais, revistas e textos jornalísticos publicados na internet”<sup>105</sup>.

Em complemento, especificamente para cuidar das questões relativas à radiodifusão e os meios eletrônicos de comunicação, por meio de tratado interestadual, a Alemanha criou o *Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien*, órgão regulamentador dessas atividades, bem como responsável pela fiscalização de princípios éticos, próximos aos estabelecidos no *Pressekodex*.

Outro bom exemplo é Portugal, que desde 8 de novembro de 2005, conta com a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), criada pela Lei 53/2005. “Entre os principais objetivos da regulação encontram-se a promoção do pluralismo cultural e da diversidade de expressão, a garantia da livre difusão e do livre acesso aos conteúdos, a garantia do exercício da responsabilidade editorial perante o público e a proteção dos direitos de personalidade”<sup>106</sup>. Portugal, assim como a Alemanha, também tem legislação específica para tratar da radiodifusão (Lei 4/2001) e da atividade de televisão e seu exercício no país (Lei 32/2003).

Como se vê, é possível a convivência entre a liberdade de imprensa (e do pensamento em geral) e a proteção dos direitos individuais dos cidadãos. A imposição de limites, seja por lei infraconstitucional, seja pela criação de órgão de autorregulação, é, acima de tudo, perfeitamente compatível com um Estado Democrático e Social de Direito.

E, frise-se, um sistema de convivência equilibrada, regulada e/ou autorregulada é sempre melhor opção do que um sistema de proteção em blocos separados, no qual não há convivência, mas proteção sequenciada após ponderação, já que enquanto um bloco está protegido, o outro não conta com a mesma sorte, a não ser no caso de eventual violação advinda do primeiro bloco.

---

aprofundada e justa (Artigo 4); deparar claramente o editorial do texto dos anúncios comerciais (Artigo 7); proteger a honra (Artigo 9); evitar retrato sensacionalista da violência e da brutalidade (Artigo 11); e presunção de inocência de pessoas que estejam sob investigação (Artigo 13)” (Acórdão da ADPF n.º 130, p. 246-247).

<sup>105</sup> Idem, p. 247.

<sup>106</sup> Idem, p. 240.

#### 4.1.3. A RECEPÇÃO OU NÃO DA LEI N.º 5.250/1967, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Após analisarem os vários aspectos da Lei 5.250/1967, os Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil dedicaram-se a um último assunto, mas nem por isso menos importante.

E, aqui, vale lembrar o momento histórico em que a referida lei foi criada, em plena vigência da ditadura militar, também conhecida por *anos de chumbo* ou *regime de exceção* (período de 31 de março de 1964 até o começo de 1985). Experiência essa absolutamente incompatível com o Estado Democrático (e Social) de Direito, instalado e tão bem insculpido pela democrática Constituição de 1988.

O MINISTRO CARLOS AYRES BRITO, relator da ADPF n.º 130, a título exemplificativo, manifestou-se pela incompatibilidade de toda a Lei n.º 5.250/67 com um Estado de Direito, por ter aquela um ardiloso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica matreira de que para cada regra geral afirmativa da liberdade abria um leque de exceções que praticamente tudo desfazia, bem como por seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Projeto de poder que, só para ficar no seu viés político-ideológico, imprimia forte contratura em todo o pensamento crítico e remetia às calendas gregas a devolução do governo ao poder civil<sup>107</sup>.

E, nesse ponto, houve unanimidade na Suprema Corte brasileira no sentido da Lei n.º 5.250/67 não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988, vigente no Brasil.

#### 4.2. JUÍZO DE PONDERAÇÃO REALIZADO PELO PODER JUDICIÁRIO ANTE O VÁCUO LEGISLATIVO

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 130 extirpou a Lei n.º 5.250/1967 do ordenamento jurídico brasileiro, por entender não ter sido ela recepcionada pela Constituição de 5 de outubro de 1988.

Muito embora tenha havido unanimidade quanto a não recepção da referida lei, alguns Ministros entendiam que a anomia poderia trazer mais prejuízos ao cidadão do que aqueles causados na vigência da lei, a qual não vinha sendo aplicada pelos juízes das várias instâncias do Poder Judiciário, no tocante aos dispositivos considerados autoritários. Além do que, parte da lei servia de parâmetro para que os juízes

---

<sup>107</sup> Ideia apreendida de trecho extraído do acórdão da ADPF n.º 130, p. 70.

ponderassem os casos e, especificamente, quanto ao direito de resposta (ponto da lei considerado compatível com a Constituição da 1988).

Nesse sentido, interessante a manifestação do MINISTRO MARCO AURÉLIO DE MELO:

“Começo por perguntar a mim mesmo: a quem interessa o vácuo normativo? A jornais? A jornalista? Aos cidadãos em geral, destinatários da vida organizada? Diz-se que amanhã passaremos, depois da decisão do Supremo, a ter liberdade. Penso que não, Presidente. Passaremos a ter a babel; passaremos a ter, nos conflitos de interesse, o critério de plantão estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade – o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica”<sup>108</sup>.

Na ocasião, o MINISTRO CEZAR PELUSO defendeu a competência dos juízes para a resoluções dos conflitos diante da ausência legislativa. Disse o referido Ministro que “até que o Congresso Nacional, se o [entender] devido, edite uma lei de imprensa, que é coisa perfeitamente compatível com o sistema constitucional, a mim me parece se deva deixar ao Judiciário a competência para decidir questões relacionadas, sobretudo, ao direito de resposta e a temas correlatos”<sup>109</sup>.

Vale dizer que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a não recepção da Lei n.º 5.250/67 pela Constituição da República, criou um vácuo legislativo e, ao mesmo tempo, avocou ao Poder Judiciário a incumbência de solucionar os casos de colisão entre os direitos individuais dos cidadãos e a liberdade de imprensa. Isso até que o Poder Legislativo edite nova lei de imprensa compatível com a Constituição de 1988, caso o entenda conveniente.

A sensibilidade judicial diante do caso concreto, foi, portanto, o método adotado para dar seguimento aos processos que até a publicação do acórdão estavam suspensos por força de decisão liminar proferida pelo Ministro-relator da ADPF n.º 130 bem como aqueles que surgissem durante o período de anomia infraconstitucional.

Os itens 3.2.1 e 3.2.2. – bem como seus respectivos subitens – cuidarão dos fatores usualmente analisados pelos juízes quando precisam dirimir colisões entre direitos fundamentais, sem prejuízo de outros que possam surgir, caso a caso.

---

<sup>108</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, p. 134.

<sup>109</sup> Idem, p. 123-124.

Antes, porém, são pertinentes alguns esclarecimentos de caráter constitucional<sup>110</sup>.

## I – DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Na doutrina constitucional, há divergência no que tange à distinção entre regras e princípios. Enquanto alguns entendem haver diferenças gradativas entre eles<sup>111</sup>, outros, como é o caso de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, entende que regras e princípios são absolutamente diversos, com estruturas que ensejam direitos definitivos ou direitos *prima facie*, conforme o caso.

### A) DIREITOS DEFINITIVOS E DIREITOS *PRIMA FACIE*

Segundo a teoria dos princípios, o ponto de divergência entre regras e princípios está na “estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”<sup>112</sup>.

Em outras palavras, “se um direito é garantido por norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto”<sup>113</sup>. Vale dizer que toda regra pode ter exceção. No caso dos princípios “não se pode falar em realizações sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente”<sup>114</sup>.

Mais resumidamente, há dois tipos de normas: as regras e os princípios. Em uma tentativa ilustrativa, pode-se pensar em regras como um produto final, ao passo que os princípios, como matéria prima que ainda precisa ser trabalhada até atingir o ponto de consumo ou, nos casos concretos, o ponto de aplicação. A tarefa de identificar o que

---

<sup>110</sup> A doutrina de Virgílio Afonso da Silva (*Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010) funcionará de alicerce para tais esclarecimentos, inclusive no que toca a estruturação argumentativa.

<sup>111</sup> “A partir dessa idéia, há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria grau de importância: *princípios* seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as *regras* seriam aquelas normas que concretizam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras” (Idem, p. 44).

<sup>112</sup> Idem, p. 45.

<sup>113</sup> Idem, ibidem.

<sup>114</sup> Idem.

é matéria prima e o que é produto final, apesar de aparentar ser simples, não o é. Mais difícil ainda é refinar os princípios até o ponto definitivo ou, nas palavras de ROBERT ALEXY, o ponto de otimização.

#### B) MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO

O nome deste subtítulo refere-se ao elemento central da teoria dos princípios de ROBERT ALEXY, o qual define os princípios como *mandamentos de otimização*<sup>115</sup>. Para ALEXY, os princípios devem ser aplicados ao máximo possível, respeitados os limites fático-jurídicos do caso concreto.

Admitido dessa forma, os princípios devem ser regulados por quem os aplica, a fim de que se amolde ao fato, sem, contudo, sobrepor-se a outros princípios – exercício de flexibilidade não admitido pelas regras.

Para VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, são duas as formas de aplicação das normas jurídicas: a subsunção e o sopesamento. No caso, as regras subsumem-se, ao passo que os princípios são sopesados conforme os limites impostos por questões fático-jurídicas.

O exercício de aplicação de regras e/ou princípios ao caso concreto, gera, muitas das vezes, conflitos normativos, os quais nada mais são do que “a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas consequências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis”<sup>116</sup>, situação também chamada de “inconsistência”<sup>117</sup>.

#### C) CONFLITOS NORMATIVOS

Tais situações podem ser admitidas em duas diferentes categorias: pura (conflitos entre regras ou colisões entre princípios) ou mista (colisões entre regras e princípios<sup>118</sup>). Esta última, porém, não será desenvolvida em razão de ser o grande ponto de divergência doutrinária, bem como não haver relação direta com o recorte científico deste trabalho.

---

<sup>115</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>116</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>117</sup> ROSS, Alf. *On law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959, § 26, p. 128 e ss *Apud* *idem*, p. 47, nota de rodapé n.º 20.

<sup>118</sup> Para informações sobre como dirimir colisões entre regras e princípios, ler Virgílio Afonso da Silva (*Op. cit.*, p. 51-56).

## C.1) CATEGORIAS PURAS

### C.1.1) CONFLITOS ENTRE REGRAS

As regras representam direitos autoaplicáveis. Desse modo, o conflito entre regras significa o confronto de dois direitos definitivos. Não se está falando em direitos absolutos. Isso não. Como já demonstrado alhures, não existem direitos com tal caráter. No caso das regras, o que se tem são direitos que não dividem um mesmo espaço, o que implica ao intérprete a necessidade de escolher entre um ou outro, quando da resolução do caso concreto.

Nas palavras de DWORKIN<sup>119</sup>, a escolha entre regras conflitantes é um jogo de tudo-ou-nada. Vale dizer que “não é possível confundir ‘tudo-ou-nada’ ou ‘subsunção’ com ‘automatismo’ ou ‘facilidade na interpretação’”<sup>120</sup>. Para tanto, deve o aplicador do Direito verificar qual das regras mostra-se válida à situação – frise-se, à situação – e qual não se mostra. Feita a verificação, aplica-se uma das regras e, por consequência, descarta-se a(s) outra(s), por ser(em) inválida(s), naquele caso, no todo ou em parte.

Assim, a incompatibilidade pode ser parcial ou total e, conforme o caso, a forma de resolução do conflito varia. “No caso de incompatibilidade apenas parcial entre os preceitos de duas regras a solução ocorre por meio da instituição de uma cláusula de exceção em uma delas. Em alguns casos, no entanto, a incompatibilidade entre duas regras poderá ser total, quando seus preceitos, para o mesmo fato ou ato, em todas as circunstâncias, sejam mutuamente excludentes”<sup>121</sup>.

Pense-se, por exemplo, no caso de um réu ser condenado por crime de adultério e, tempos depois, a conduta vem a ser abolida do Código Penal (como, de fato, foi no Brasil). O inciso XL, do artigo 5º da Constituição do Brasil de 1988, diz que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Esse texto constitucional traz duas regras conflitantes em um mesmo preceito.

É que ao mesmo tempo em que determina que a lei penal não terá aplicação retroativa, também diz que será ela aplicada retroativamente, se, de alguma forma, beneficiar o réu. Norma que é complementada pelo parágrafo único do artigo 2º do Código Penal do Brasil, segundo o qual a retroatividade de lei mais benéfica aplicar-se-

---

<sup>119</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 25 *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 47. Para críticas a esse raciocínio, ler *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (AVILA, Humberto. 8.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.44 e ss *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 47, nota de rodapé n.º 21)

<sup>120</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>121</sup> *Idem*, p. 48.

á sobre todos os fatos, ainda que esses estejam “decididos por sentença condenatória transitada em julgado”<sup>122</sup>. Trata-se, portanto, de um conflito parcial de regras, no qual facilmente se constata que a segunda regra opõe-se à primeira por se tratar, naquele caso concreto, de uma exceção à primeira. O conflito resolve-se com a aplicação da regra excepcional, por ser essa entendida como válida ao caso concreto (o advento de lei posterior benéfica), o que, conseqüentemente, invalida a outra (aplicável a casos de leis que não beneficiam o réu).

Vale dizer, no entanto, que a resolução do conflito operou-se dessa forma, por conta das circunstâncias trazidas no exemplo (benevolência ou não da lei posterior). Fosse outro o caso, ou seja, não se tratasse de lei posterior favorável, a resolução seria ao contrário, isto é, a primeira regra seria considerada válida e a segunda inválida. Com isso, tem-se que havendo conflito parcial de regras, a validação ou não de uma regra em detrimento de outra depende das circunstâncias do caso concreto.

O fato do conflito parcial implicar em um exercício de identificação de regra e exceção, não desconstitui o dado de ambas serem regras de idêntica hierarquia. A excepcionalidade de uma ou de outra, como já dito, vai depender das circunstâncias do caso concreto, e apenas para dirimir o conflito posto, o que não menospreza a condição da que foi considerada inválida. Esta continua sendo regra, tanto quanto a outra, mas, por critério resolutivo – e para aquele caso concreto – foi considerada inaplicável.

Diferentemente, no caso de conflito total entre regras, o interprete também vê-se diante da necessidade de dirimi-lo pelo critério da validade. No entanto, no conflito total, esse critério é mais facilmente identificável por uma regra ser anterior à outra, por exemplo.

Fato é que “sempre que há conflito entre regras, há alguma forma de declaração de invalidade”<sup>123</sup>, total ou parcial. Quando o conflito dá-se entre princípios, o critério de resolução deve ser outro, segundo VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA.

#### C.1.2) COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Conforme mencionado, princípios devem ter seus conteúdos essenciais preservados e aplicados na maior medida possível, respeitados os limites fático-

---

<sup>122</sup> Parte final do parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal do Brasil.

<sup>123</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 49.

jurídicos do caso concreto e, principalmente, sem que haja a exclusão do outro princípio envolvido no conflito, como há pouco demonstrado com as regras.

É o que se vê no exemplo de conflito entre “a liberdade de imprensa e o direito de privacidade ou o direito à honra das pessoas. Realizar uma ampla liberdade de imprensa pode, em muitos casos, ser incompatível com a proteção ideal da privacidade de algumas pessoas. Esse tipo de colisão não pode ser resolvido, contudo, a partir da declaração de invalidade de um dos princípios. Ou seja, mesmo após a solução da colisão os princípios da liberdade de imprensa e da proteção à privacidade continuam tão válidos quanto antes. Não se pode dizer também que um institui uma exceção ao outro, já que às vezes prevalecerá um, às vezes outro, ao contrário do que acontece no caso das regras”<sup>124</sup>.

Em se tratando de princípios, por mais que um prevaleça ao outro, conforme as circunstâncias fáticas, importante detalhe é que esse sopesamento acontece no mesmo caso concreto e em nenhuma hipótese um princípio é descartado totalmente. Já com as regras, as características fáticas determinam qual regra subsume-se ao fato e qual é descartada, caso em que há a exclusão total daquela considerada inválida.

Sem embargo, não é tarefa fácil solucionar conflitos normativos, sejam eles entre regras, entre princípios ou entre regras e princípios. Embora tenha-se exposto o pensamento de um autor, a doutrina constitucional não é pacífica quanto ao tema<sup>125</sup>, principalmente quando se envereda às restrições de direitos fundamentais.

## II – RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na medida em que há o desenvolvimento social globalizado, movido pelo capitalismo, surgem situações de conflitos concretos envolvendo direitos.

No Brasil, os conflitos que envolvem os direitos fundamentais pessoais, o direito fundamental da comunicação social e aqueles decorrentes desse, como já visto, por conta da anomia infraconstitucional, obrigatoriamente precisam ser dirimidos por um juiz, o qual se vê “entre a cruz e a espada”<sup>126</sup>, tendo que identificar os limites (núcleos essenciais ou âmbito de proteção) dos direitos envolvidos no conflito

---

<sup>124</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>125</sup> Ler, por exemplo, a doutrina de Humberto Avila (*Op. cit.*, bem como “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo* 215, 1999).

<sup>126</sup> Dito popular brasileiro que significa estar em meio a um dilema ([http://pt.wiktionary.org/wiki/estar\\_entre\\_a\\_cruz\\_e\\_a\\_espada](http://pt.wiktionary.org/wiki/estar_entre_a_cruz_e_a_espada) Acesso em 03.04.2013).

normativo para, posteriormente, fazer uso da proporcionalidade<sup>127</sup>, a fim de equacionar a questão de alguma forma.

A identificação dos limites (núcleos essenciais ou âmbito de proteção), referida no parágrafo anterior, pode ser feita a partir de várias teorias desenvolvidas pela doutrina constitucional<sup>128</sup>. Todavia, não cabe aqui um aprofundamento dessas teorias, sendo suficiente um voo panorâmico sobre os principais métodos desenvolvidos.

Iniciando o voo, importa dizer que “âmbito de proteção é aquela parcela da realidade (*Lebenswirklichkeit*) que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se se quiser, *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*”<sup>129</sup>.

Por isso mesmo, “os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado”<sup>130</sup>.

Dito isso, surge uma questão importante: como identificar o núcleo essencial de cada direito fundamental?

Trata-se de uma tarefa que exige considerável esforço interpretativo, de modo que “‘esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento’, o que não impede que se estabeleça um manual de orientação, levando-se em consideração, primeiro, qual é o bem jurídico protegido e qual a amplitude de proteção da norma e, em segundo, identificar quais as possíveis restrições explicitadas na Constituição e identificação das *reservas legais de índole restritiva*”<sup>131</sup>. Para tanto – e novamente com base na doutrina de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA –, mostra-se importante sobrevoar as teorias interna e externa.

---

<sup>127</sup> Pela teoria interna, não há falar em emprego de proporcionalidade, uma vez que não existe sopesamento.

<sup>128</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 126 e ss. Bem como as obras citadas na nota de rodapé n.º 1 da página 127 da obra citada de Virgílio Afonso da Silva, a saber: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3.ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 287 e ss; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed., vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 336 e ss; REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 292 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 224-225 e; BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 59-60.

<sup>129</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3.ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13. *Apud* FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Op. cit.*, p. 88.

<sup>130</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>131</sup> FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Op. cit.*, p. 88. A expressão em itálico e parte da ideia foi retirada da obra *Direito Constitucional* (2.ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 602-603), de autoria do Senhor Doutor J. J. Gomes Canotilho.

## A) AS TEORIAS INTERNA E EXTERNA

Pode-se apreender pela teoria interna, em um primeiro momento, que “os limites de cada direito é algo interno a ele. (...) Assim, de acordo com a teoria interna, ‘existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes’”<sup>132</sup>.

Segundo VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “se isso é assim – ou seja, se a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, não sofre influência de possíveis colisões posteriores –, a conclusão a que se pode chegar, em termos de estrutura normativa, é que *direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras*”<sup>133</sup> e, portanto, subsumem-se ou não ao caso concreto, já que não têm peso a ser sopesados.

Vista dessa forma, a teoria interna parece adotar postura absoluta, já que por ela, os direitos fundamentais não admitem restrições. Essa não é, contudo, a melhor análise.

É que, ao mesmo tempo em que a teoria não admite restrições a direitos fundamentais, faz deferência aos limites impostos pela própria Constituição a cada um dos direitos fundamentais<sup>134</sup>, entendimento que decorre da própria base<sup>135</sup> da teoria interna, segundo a qual a liberdade não precisa ser protegida contra a ação do Estado. Nas palavras de PETER HÄBERLE, que rejeita a ideia de liberdade *vs.* Estado, “é esse conceito anacrônico de liberdade que gera a imagem do legislador como inimigo dos direitos fundamentais”<sup>136</sup>.

Por tal raciocínio, resta superada a ideia “de liberdade como algo natural, pré-jurídico, que apenas é restringida pelo direito. Para HÄBERLE parece claro que essa perspectiva é a responsável pela ideia de que qualquer intervenção estatal na liberdade individual é necessariamente uma restrição”<sup>137</sup>.

Partindo dessa premissa – muito resumidamente<sup>138</sup> –, adicionada à versão da teoria institucional desenvolvida por MAURICE HAURIOU, especificamente sobre os pontos *instituição-coisa* e *ideia-diretriz*, os direitos fundamentais não produzem efeito se estiverem previstos apenas na Constituição. É preciso, ainda, que o preceito

---

<sup>132</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op cit.* p. 128.

<sup>133</sup> *Idem.*, p. 129.

<sup>134</sup> *Idem.*, p. 131.

<sup>135</sup> Segundo Virgílio Afonso da Silva, a teoria interna firma raízes na *Teoria institucional dos direitos fundamentais*, de Peter Häberle, inspirado pelas ideias de Maurice Hauriou (*Op. cit.*, p. 133-138), muito embora sejam perceptíveis algumas contradições (*Idem.*, p. 137, notas de rodapé n.ºs 49 e 51).

<sup>136</sup> *Apud* *Idem.*, p. 134.

<sup>137</sup> *Idem.*, *ibidem.*

<sup>138</sup> Pormenores em Virgílio Afonso da Silva (*Op. Cit.*, p. 133-138).

constitucional seja acompanhado pela atividade do legislador, bem como pela dos titulares dos direitos fundamentais. Esse processo de trabalho mútuo, segundo o autor, faz com que todos zelem pela regulação da liberdade institucional – e não individual –, cenário em que o direito tem a simples função de delimitação da liberdade, daí falar-se em limites imanentes e não em restrições a direitos fundamentais<sup>139</sup>.

O trabalho mútuo mencionado é capaz, segundo a teoria institucional, de fazer com que legislador e cidadão identifiquem na Constituição os limites de cada direito fundamental, de modo que as situações conflituosas sejam resolvidas com a observância daqueles limites.

Ainda sob a ótica da teoria interna, é de se refletir acerca das seguintes questões: “[teria] sentido invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria? (...) Ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário?”<sup>140</sup> Ou, ainda, caluniar alguém sob o pretexto de estar-se amparado pela liberdade de expressão?<sup>141</sup>

Todas as respostas das questões acima são negativas, uma vez que a própria Constituição ao prever tais direitos, jamais pretendeu outorgar aos cidadãos um poder de exercício infinito, razão pela qual estabelece limites a cada um dos direitos fundamentais<sup>142</sup>, os quais podem, perfeitamente – segundo a teoria interna, frise-se –, ser objeto de regulação legislativa infraconstitucional, sem que isso seja tido como uma restrição, mas sim uma limitação.

Nesse sentido, vale dizer que os limites dos direitos fundamentais devem ser observados não só pelo juiz que se vê diante do caso concreto, mas também e principalmente pelo legislador infraconstitucional quando pretende inovar o ordenamento jurídico, além – claro – do próprio cidadão.

Em palavras mais simples, limite não é o mesmo que restrição. Enquanto a teoria interna advoga a existência de limites dos direitos fundamentais, a teoria externa admite que sejam eles restringidos. Enquanto esta *cria* novas restrições a direitos

---

<sup>139</sup> Idem, p. 134-136.

<sup>140</sup> VIEIRA DE ADRADE, José Carlos. *Op. cit.*, p. 294. *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 132, nota de rodapé n.º 21.

<sup>141</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 132.

<sup>142</sup> No mesmo sentido, MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*, 29.ed., Munchen: Beck, 1994, § 20, I, 1, p. 145 *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 132.

fundamentais, aquela *declara* limites previamente estabelecidos pela Constituição, formas de resolução de conflito que não se confundem.

Importa esclarecer que a teoria interna peca, segundo VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, no ponto em que se presta a definir o que é protegido e o que não é<sup>143</sup>.

Entretanto, convém apontar que, embora aparentemente primitiva, a teoria interna é, não raras vezes, utilizada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil<sup>144</sup>.

Não obstante, para a teoria externa, a ideia de um bloco unitário do direito e seus limites imanentes não pode prosperar. Isso porque defende a existência de uma bipartição do objeto de estudo, qual seja, o direito em si e, separadamente, suas restrições<sup>145</sup>.

E essa é uma diferença importante. Na verdade, segundo ensina VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, é a partir da teoria externa que surge a ideia do uso da proporcionalidade – em suas três subdivisões: adequação, necessidade e proporcionalidade estrita – como uma forma de restrição ao *exercício* do direito fundamental, sem que isso signifique uma restrição ao direito fundamental *em si*. Daí falar-se em sopesamento, uma vez que a colisão entre princípios não afeta a validade, tampouco a extensão *prima facie* de nenhum dos princípios envolvidos<sup>146</sup>, sendo a restrição apenas uma forma de moldar o princípio ao caso concreto, ou seja, um modo para que atinja o ponto de otimização.

Vale lembrar, que para alcançar tal ponto é preciso considerar as condições fático-jurídicas existentes, razão pela qual se fala em teoria externa, uma vez que são os fatores externos ao direito fundamental que conduzem o seu aperfeiçoamento ao caso concreto. Essa metamorfose não é admitida pela teoria interna, à qual o direito e seus limites fundem-se em um bloco unitário e indivisível (em outras palavras, algo pronto, já em seu nível de perfeição), que apenas pode subsumir-se ou não ao caso concreto, isto é, que os fatores internos ao direito fundamental fazem dele adequado ou não ao caso concreto, sendo defeso qualquer influência externa, o que importa na impossibilidade de um sopesamento.

Se as questões formuladas anteriormente – extraídas da obra de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE<sup>147</sup> – fossem respondidas com base na teoria externa, continuariam

---

<sup>143</sup> Questão que não será aprofundada neste trabalho científico. Para mais informações, consultar o capítulo 3 da obra de Virgílio Afonso da Silva (*Op. Cit.*, p. 65 e ss.).

<sup>144</sup> Exemplos citados por Virgílio Afonso da Silva (*Op. cit.*, p.131): RTJ 188, 858 (891) e ADI 869.

<sup>145</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>146</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>147</sup> Vide notas 165 e 166.

sendo negativas, no entanto, essa resposta só seria possível após a feitura do processo de sopesamento. Afinal, enquanto a teoria interna defende que a negativa encontra raiz nos limites dos próprios direitos fundamentais, a teoria externa fundamenta a negativa na existência de restrições impostas por regras<sup>148</sup> e/ou princípios<sup>149</sup> alheios ao direito fundamental em questão. Na verdade, pela teoria externa, os princípios têm dimensão *prima facie* e, por conseguinte, quando uma regra ou outro princípio cria uma restrição, o que acontece é a simples otimização, observadas as situações fático-jurídicas do caso concreto, sem que isso signifique a anulação do direito fundamental.

Sem prejuízo do que foi dito, importa mencionar que as teorias interna e externa, embora não sejam muito debatidas no Brasil, têm sido objeto de críticas doutrinárias mundo à fora, especificamente na Alemanha e em Portugal<sup>150</sup>. Daí a necessidade de um voo panorâmico sobre as principais, seguido de um pequeno aprofundamento das marcadas em *itálico*. Dentre os problemas levantados pela doutrina quanto às teorias, cita-se a eventual existência de contradição lógica<sup>151</sup>, a provável sensação de ilusão desonesta<sup>152</sup> proporcionada pelos direitos *prima facie*, *irracionalidade do processo de sopesamento*, *insegurança jurídica*, *inflação judiciária*<sup>153</sup> e *impressão dos direitos serem irrealis*.

Com efeito, a teoria externa herda uma crítica metodológica que recai sobre a racionalidade da teoria dos princípios de ROBERT ALEXY. “Em linhas gerais, tal crítica ataca o sopesamento por lhe faltarem critérios racionais de decidibilidade. Segundo essa linha crítica, todo sopesamento nada mais é que um decisionismo disfarçado”<sup>154</sup>.

Com muita propriedade, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA contrapõe a crítica, dizendo que “não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Exigir isso de qualquer teoria é exigir algo impossível”<sup>155</sup>.

---

<sup>148</sup> Exemplo disso pode ser visto no “art. 4º, § 1º, da Lei 9.612/1998, que disciplina a atividade de radiodifusão comunitária e que proíbe ‘o proselitismo de qualquer natureza’ nessa atividade [e, portanto], é uma regra que restringe a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa (...)” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 141).

<sup>149</sup> A restrição neste caso é imposta pelo juiz, após verificar qual princípio deve ceder ao outro, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, como resultado da aplicação do melhor Direito (Idem, p. 142-143).

<sup>150</sup> No cenário alemão, ler Martin Borowski (*Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 190-204 *Apud*, SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 144, nota de rodapé n.º 78). Já em Portugal, Jorge Reis Novais (*Op. cit.*, p. 292 e ss. *Apud* idem, *ibidem*, nota de rodapé n.º 79).

<sup>151</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 144-145.

<sup>152</sup> Idem, p. 145-146.

<sup>153</sup> Idem, p. 150-153.

<sup>154</sup> Idem, p. 146.

<sup>155</sup> Idem, p. 146-147. “Mesmo nos casos de ‘simples’ subsunção, nos quais muitos imaginam haver uma simples operação lógico-formal, o grau de liberdade do intérprete/aplicador do direito não é necessariamente pequeno. Embora a subsunção seja, de fato, um método em que a conclusão deve decorrer logicamente das premissas, a própria

A aplicação do Direito não é algo estritamente objetivo. Tanto é verdade que que Kelsen já dizia que “o direito a ser aplicado constitui (...) apenas uma moldura, dentro da qual existem diversas possibilidades de aplicação, sendo considerado conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro dos limites dessa moldura, isto é, que preencha a moldura com algum sentido possível”<sup>156</sup>.

Portanto, o juiz, independentemente de qual teoria adira no momento em que individualiza o julgamento, acaba por misturar critérios objetivos e subjetivos, até porque não consegue se desvincilhar de seu código interno de valores, o que não importa em vício quanto à imparcialidade que lhe é devida.

Claro que os critérios subjetivos não podem sobrepor-se aos objetivos. É preciso, sim, que a aplicação do Direito fique o mais próximo possível da racionalidade e, claro, dentro da moldura kelseniana. Para tanto, mostra-se importante a “fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação”<sup>157</sup>.

Sem embargo, a crítica sobre a racionalidade do processo de sopesamento implica em uma cadeia de outras críticas, por exemplo, a insegurança jurídica. Crítica esta que tem dois pontos de análise.

O primeiro ponto, mais simples, se refere à metodologia intersubjetiva aplicada pelo juiz no julgamento, ponto esse esclarecido quando tratada a questão da eventual irracionalidade do processo de sopesamento.

O segundo ponto, porém, refere-se ao acompanhamento das decisões dos tribunais superiores. Para VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “tal acompanhamento é tarefa precípua da doutrina jurídica. É papel dos juristas exercer um controle social da atividade jurisdicional. É somente a partir da assunção dessa tarefa, na forma de pesquisas jurisprudenciais sólidas e abrangentes e por meio de comentários a decisões importantes de tribunais como o STF, que o grau de previsibilidade de decisões poderá ser aumentado. É a partir da cobrança de consistência e coerência em suas decisões e do conhecimento da história jurisprudencial do tribunal que cada um de seus membros ficará sempre compelido a ser coerente – e, por conseguinte, mais previsível – em suas decisões”<sup>158</sup>. Termina dizendo que “insegurança jurídica está intimamente ligada à idéia

---

fundamentação dessas premissas e a interpretação dos termos nelas contidos não são um processo lógico. Nesse âmbito, o grau de racionalidade possível não é diferente daquele presente no sopesamento ou na fundamentação de qualquer proposição jurídica” (Idem, p. 149).

<sup>156</sup> Idem, p. 147.

<sup>157</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 148.

<sup>158</sup> Idem, p. 149.

de decisão *ad hoc*, algo que só é possível quando não há controle, independentemente do método de interpretação e aplicação do direito e da teoria que subjaz a esse método”<sup>159</sup>.

E aqui, um parêntese necessário: será mesmo que o controle das decisões de tribunais superiores é o meio mais eficaz de controle da segurança jurídica? Arrisca-se dizer que não ou, pelo menos, não isoladamente.

Ainda que o controle das decisões superiores, máxime daquelas que ensejam a criação de Súmulas (vinculantes<sup>160</sup> ou não), seja uma forma importante de controle, é bem verdade que muitos casos que se apresentam aos juízos de primeira instância ainda não foram analisados pelos tribunais superiores, a exemplo de novos conflitos entre direitos fundamentais. Afinal, até que um conflito chegue às altas instâncias do Poder Judiciário, os juízes das instâncias iniciais precisam equacionar as questões de alguma forma e nem por isso é possível dizer que tais decisões sejam maculadas pela insegurança jurídica. Claro que provavelmente surjam decisões diversas entre um juiz e outro, mas nem por isso decisões erradas ou capazes de gerar insegurança, se observadas as molduras citadas por KELSEN.

Assim, é possível dizer que o controle das decisões é uma forma importante de controle da insegurança jurídica. No entanto, não apenas das instâncias superiores. O acompanhamento das instâncias primitivas também é muito importante, embora os critérios de observação sejam diversos daqueles aplicados nas instâncias superiores. O conjunto das formas de controle de decisões, aliado a um método racional de aplicação do Direito talvez seja um meio eficaz de proporcionar segurança jurídica.

Parêntese feito, outra crítica merecedora de atenção é aquela referente à eventual sensação de direitos irrealis.

---

<sup>159</sup> Idem, p. 150.

<sup>160</sup> Segundo consta no glossário do Supremo Tribunal Federal do Brasil, *Súmula* origina “do latim *SUMMULA*, que significa sumário, restrito, resumo. É uma síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara. A súmula não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para futuras decisões” (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=382>, em 29.12.2013). Já efeito vinculante é “aquele pelo qual a decisão tomada pelo tribunal em determinado processo passa a valer para os demais que discutam questão idêntica. No STF, a decisão tomada em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possui efeito vinculante, ou seja, deve ser aplicada a todos os casos sobre o mesmo tema. As Súmulas Vinculantes aprovadas pela Corte também conferem à decisão o efeito vinculante, devendo a Administração Pública atuar conforme o enunciado da súmula, bem como os juízes e desembargadores do país. Os demais processos de competência do STF (habeas corpus, mandado de segurança, recurso extraordinário e outros) não possuem efeito vinculante, assim a decisão tomada nesses processos só tem validade entre as partes. Entretanto, o STF pode conferir esse efeito convertendo o entendimento em Súmula Vinculante. Outro caminho é o envio de mensagem ao Senado Federal, a fim de informar o resultado do julgamento para que ele retire do ordenamento jurídico a norma tida como inconstitucional” (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=461>, disponível em 29.12.2013).

Neste ponto mostra-se imprescindível rememorar a diferença entre um direito *prima facie* e um direito definitivo. Enquanto este já está no ponto de aplicação ou de subsunção, aquele ainda precisa passar pelo processo de otimização até atingir ponto semelhante.

Dito isso, é possível pensar que o direito de liberdade de expressão abarca as condutas tipificadoras dos crimes contra a honra. Vale dizer, no entanto, que essa concepção só é admissível se pensada *prima facie*, sendo certo que após o processo de otimização, referidas condutas serão excluídas do âmbito de proteção daquele direito fundamental, por esbarrarem no direito de proteção à honra, o que, em última análise, importará na restrição do direito de liberdade de expressão<sup>161</sup>.

Nesse sentido, “o que a teoria externa faz – repita-se – é reconstruir um problema teórico a partir de uma premissa. Essa premissa é a de que os direitos fundamentais têm suportes fáticos amplos e que as restrições a eles são produtos de um sopesamento com princípios colidentes”<sup>162</sup>. Segundo Virgílio Afonso da Silva, pensar diferente é o mesmo que desconsiderar a teoria dos princípios de ROBERT ALEXANDER.

Em outras palavras, pela teoria externa – que parte do pressuposto de um suporte fático amplo – os direitos fundamentais, em um primeiro momento, abarcam todas as condutas a eles ligadas, sejam lícitas ou ilícitas. No entanto, quando o conflito entre direitos fundamentais se instala, o sopesamento entre os direitos envolvidos se encarrega de determinar qual a restrição cabível, de modo que a questão seja equacionada.

Diferentemente, a teoria interna não admite essa flexibilidade, uma vez que parte do pressuposto de um suporte fático restrito e, portanto, de um direito definitivo que não pode sofrer restrições, mas sim limitações imanentes.

Sendo assim, não há falar em direitos irreais, ou seja, não é possível, por uma análise superficial, dizer se uma conduta está ou não inserida no âmbito de proteção de um direito fundamental. Isso porque somente uma análise mais cuidadosa das condições fático-jurídicas permitirá ao juiz uma visão mais sóbria do caso concreto, a ponto de ser possível lapidar o direito fundamental até seu nível ideal de aplicação, bem como suas necessárias restrições, processo esse denominado de sopesamento.

---

<sup>161</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 153.

<sup>162</sup> Idem, p. 154.

## B) A APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO DE SOPESAMENTO

Como afirmado, o processo de sopesamento – necessário para forjar o direito fundamental *prima facie* até seu ponto de aplicabilidade – exige a observância da regra da proporcionalidade, até para evitar uma discricionariedade absoluta do legislador e do juiz.

O exercício de sopesamento inicia-se, abstratamente, com o trabalho legislativo, sendo seguido pela atividade judicial, ante ao caso concreto. “No específico âmbito do Direito Penal, [a regra] da proporcionalidade implica que aquele não deve ser utilizado como mero instrumento de poder; há de estar sempre, ao contrário, a serviço dos valores comunitários e individuais. Significa, ainda, que deve ser guardada, em todo caso, a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato como exigência indeclinável da justiça e da dignidade da pessoa humana”<sup>163</sup>.

Daí falar-se em *regra* da proporcionalidade e não em *princípio*, haja vista ser sua aplicação imprescindível em um modelo de Estado Democrático de Direito, como direito pronto e acabado que não precisa ser otimizado<sup>164</sup>. E, aqui, é preciso que se faça um esclarecimento: a mencionada garantia em ponto de uso é apenas a proporcionalidade, não os princípios em conflito, o que significa que a resolução de conflitos normativos só é possível quando utilizada a ferramenta da proporcionalidade. Assim, como uma ferramenta, é a proporcionalidade direito acabado que é aplicado ao conflito entre dois ou mais princípios que precisam de otimização.

Nesse sentido, embora a observância da proporcionalidade pelo legislador seja muito importante, cabe ao juiz, diante do caso concreto, resolver os conflitos normativos. Vale dizer que no Brasil – diferentemente de Portugal<sup>165</sup> – o Poder Judiciário exerce controle constitucional da produção legislativa apenas após sua promulgação, de modo que eventuais desproporções legais podem ser suportadas pelos

---

<sup>163</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 37.

<sup>164</sup> Diferentemente de Virgílio Afonso da Silva, Mariângela Gama de Magalhães Gomes entende tratar-se a proporcionalidade de princípio, por ser “verdadeiro *standard* juridicamente vinculante, informado pelas exigências de justiça, ínsitas a todo o ordenamento. Além disso, a proporcionalidade apresenta uma importância estruturante em todo o sistema jurídico, atuando, especificamente, por meio de mandado de otimização no sentido de que os imperativos de necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito sejam atendidos e limitem as intervenções estatais no âmbito das esferas individuais – o fato de ser reconhecido também o poder do Estado de limitar os direitos individuais não invalida os subprincípios componentes da proporcionalidade, mas apenas estabelece os limites até onde pode atuar.” (Idem, p. 59) No mesmo sentido, PEDRAZ PENALVA, Ernesto. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del tribunal constitucional y literatura especializada alemanas. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid: Akal, 1990, p. 289 (*Apud* ibidem, p. 60).

<sup>165</sup> Portugal admite consulta ao Tribunal Constitucional antes da Lei estar vigente. No Brasil, o controle de constitucionalidade prévio é feito apenas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

cidadãos até que o juiz tenha a oportunidade de analisar a constitucionalidade da norma, ressaltado o princípio da inércia judicial.

No exemplo criminal, o juiz precisa equacionar “o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção”<sup>166</sup>.

Além do mais, “a observância da proporcionalidade não é somente de ordem jurídica, mas também requisito material de prevenção, pois somente penas proporcionadas à gravidade dos delitos e à sua valoração social estão em condições de motivar os cidadãos ao respeito à norma de que é prova o fracasso sistemático dos apelos ao terror penal, que termina por resultar aos atingidos como uma loteria às avessas ou como normatização que os juízes não aplicam”<sup>167</sup>.

Assim, é possível dizer que a proporcionalidade está diretamente ligada à ideia de justiça<sup>168</sup> – valor estampado, dentre outros dispositivos, no preâmbulo da Constituição do Brasil –, razão pela qual detém a chancela de imprescindibilidade no que toca à resolução de conflitos normativos abstratos e concretos.

Vale dizer que a proporcionalidade pode ser subdividida em três critérios, a saber: *adequação/idoneidade*, *necessidade*, e *proporcionalidade estrita*<sup>169</sup>, critérios corolários do postulado do Estado Democrático de Direito e, portanto, sem os quais qualquer restrição resta arbitrária.

#### B.1) ADEQUAÇÃO/IDONEIDADE<sup>170</sup>

Toda vez que o Estado pretende intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental, é preciso que ele eleja uma medida para tal, sendo despidendo dizer que

---

<sup>166</sup> FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Op. cit.*, p. 110. No mesmo sentido, Juan Carlos Carbonell Mateu (*Apud* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. 4.ed., Madrid: Ramon Aceres, 2006, p. 582).

<sup>167</sup> BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de Derecho Penal – parte general*. Barcelona: Praxis, 1994, p. 62. No ordenamento jurídico brasileiro, a desproporção é encontrada facilmente, a exemplo da Lei de Crimes Hediondos, a qual estabeleceu desproporção entre crimes contra a vida e crimes contra o patrimônio. Sobre a matéria, ler a já citada obra de Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix.

<sup>168</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.31-32. “No sentido de relacionar justiça com a proporcionalidade, também Francisco Bueno Arús. Los principios constitucionales y el derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 1/123, 1991” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 65, nota de rodapé n.º 85)

<sup>169</sup> As subdivisões da proporcionalidade foram reunidas definitivamente após a sentença de 11 de junho de 1958, proferida pelo Tribunal Constitucional alemão (BverfGE, p. 37 (409ss)) (Idem, p.79).

<sup>170</sup> Para mais detalhes sobre o critério da adequação/idoneidade, especificamente aplicado ao Direito Penal, ler a obra da Doutora Mariângela Gama de Magalhães Gomes (*O princípio da proporcionalidade...*, p. 126-154).

“essa medida deve ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em geral, é a realização de um outro direito fundamental”<sup>171</sup>.

Sendo assim, é preciso que a medida eleita seja adequada para atingir o fim pretendido. Essa primeira análise para definir qual medida é adequada não obedece critérios muito profundos<sup>172</sup>, o que a torna provisória e, por isso mesmo, carente de verificação mais cuidadosa sobre a necessidade da medida eleita.

## B.2) NECESSIDADE

“Segundo a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, a assertiva de que qualquer restrição [aos direitos fundamentais] há de se demonstrar ‘necessária numa sociedade democrática’ para a proteção de interesse relevante, implica, em primeiro lugar, desvendar o sentido da palavra necessidade, neste contexto”<sup>173</sup>. E necessidade, no Direito Penal, é o exercício de eleição do meio “mais brando possível para proteger de modo eficaz o bem jurídico”<sup>174</sup>, em observância aos postulados da subsidiariedade, da fragmentariedade e, ainda, da ofensividade.

Não é por outro motivo que a Constituição de Portugal determina que “a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”<sup>175</sup>. A Constituição do Brasil, por sua vez, embora não explicitamente, caminha no mesmo sentido<sup>176</sup>.

A definição dada por MARIÂNGELA GAMA DE MAGALHÃES GOMES deve ser lida pausadamente para que se compreenda a profundidade da mensagem. Afinal, para que um meio seja necessário não basta que seja o mais brando existente, é preciso que

---

<sup>171</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 169-170.

<sup>172</sup> “Há autores que defendem indagação mais exigente, no sentido de se analisar se a medida é adequada não apenas para fomentar, mas para realizar por completo o objetivo perseguido”. Ocorre que isso “é contraproducente, já que dificilmente é possível saber com certeza, de antemão, se uma medida realizará, de fato, o objetivo a que se propõe. Muitas vezes o legislador é obrigado a agir em situações de incertezas empíricas, é obrigado a fazer previsões que não sabe se serão realizadas ou, por fim, esbarra nos limites da cognição. Nesses casos, qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser cumprida” (Idem, p. 170).

<sup>173</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 82.

<sup>174</sup> Idem, p. 78. Ler também o pensamento de Jörg Luther sobre a necessidade, exposto na página 79 da referida obra. No mesmo sentido, SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 171 ss; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais...*, p. 72.

<sup>175</sup> Artigo 18, 2, da Constituição de Portugal.

<sup>176</sup> Como já dito na nota de rodapé 89 deste trabalho, a Constituição não é um texto comum, de modo que detém um fio condutor ora perceptível, ora não. O que significa que mesmo implicitamente, os postulados têm a mesma importância dos explícitos, pois se prestam a proporcionar a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, por mais que exista um capítulo destinado aos direitos fundamentais, não se trata de lista estanque, conforme §§ 1º e 2º, do artigo 5º do texto constitucional.

seja o mais brando possível e que tal meio seja, também, eficaz para proteger o bem jurídico em questão.

Bem por isso, o exame da necessidade é uma análise comparativa entre os meios de limitar direitos fundamentais, em busca de algum objetivo<sup>177</sup> e, portanto, uma análise mais profunda do que aquela definidora do meio adequado. Dito de outra forma, a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é que “enquanto o teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo, o exame da necessidade tem um componente adicional, que é a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim”<sup>178</sup>.

Claro que esse exercício deve sempre primar pela eficiência, embora também deva considerar qual o meio menos gravoso. A eficiência, no entanto, tem mais peso do que a gravidade da medida. Afinal, fosse o contrário ter-se-ia de admitir que a omissão do Estado sempre seria menos gravosa, embora nada eficaz<sup>179</sup>.

Não obstante, é preciso lembrar que por se tratar de um dos critérios da proporcionalidade, não há espaço para absolutismos, de modo que não se pode admitir nem o extremo da eficiência, tampouco o extremo da gravidade, seja no polo positivo ou no negativo.

Por isso mesmo, também aqui, a aplicação da proporcionalidade faz-se necessária, a fim de solucionar o conflito entre eficiência e gravidade<sup>180</sup>.

### B.3) PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Filiando-se à corrente de que a proporcionalidade não consiste na simples eleição de um meio adequado e necessário, admite-se a existência de mais um critério a ser observado: a proporcionalidade em sentido estrito.

E proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que o exercício feito tanto pelo legislador quanto pelo juiz, a fim de apontar o ponto de equilíbrio entre os

---

<sup>177</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 171.

<sup>178</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>179</sup> *Idem* 172-173.

<sup>180</sup> Em sentido contrário, alguns autores entendem que os elementos da proporcionalidade se estacam na adequação e na necessidade. Tais autores inadmitem a proporcionalidade em sentido estrito, como elemento da proporcionalidade, por entenderem que se trata da substituição da subjetividade do legislador pela do juiz, enquanto a adequação e necessidade podem ser definidas por meio de critérios objetivos puros. Nesse sentido: MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade. *Cadernos de Direito Unimep* 3, 2003, p. 36; SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 79; SCHLINK, Bernhard. Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. *EuGRZ* (1984), p. 461 *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 177, nota de rodapé 172.

extremos da eficiência e da gravidade do meio considerado adequado e necessário para proteger um bem jurídico.

No Direito Penal, especificamente, a proporcionalidade em sentido estrito almejada pelo legislador deve ater-se na proporção entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena cominada em abstrato. Já pelo juiz, a busca deve ser pela proporção entre a gravidade do fato delituoso cometido e a pena aplicada ao seu autor<sup>181</sup>. “Na lição de COBO DEL ROSAL e VIVES ANTÓN, a proporcionalidade em sentido estrito há de ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a ‘carga coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal. Assim, tal ponderação deve ter em conta a grandeza do direito fundamental e do bem jurídico limitados, de modo a se verificar se as medidas adotadas são ou não proporcionais à relevância do bem que dá origem à restrição”<sup>182</sup>.

Dito de outra forma, cuida-se “de não se aplicar um preço excessivo (pena elevada) para se obter um benefício (efeitos preventivos) inferior à restrição imposta à liberdade do delinqüente. A função do legislador reside exatamente em formular um juízo em torno do valor do bem jurídico que se pretende proteger penalmente, bem como do desvalor do comportamento que o lesiona, de modo a cotejá-los com o valor da liberdade ameaçada pela cominação penal”<sup>183</sup>. Já a função do juiz consiste em utilizar a proporcionalidade em sentido estrito no momento exato em que individualiza a pena do autor de um fato criminoso, de modo a aplicar a ele uma pena proporcional à ofensa que sua conduta causou ao bem jurídico protegido.

Não obstante – e é bom que se lembre –, nem todo bem jurídico tem mesmo peso/valor e tais diferenças precisam ser consideradas tanto no momento que tipifica quanto no que julga condutas.

Eis, aqui, o ponto em que a proporcionalidade estrita sofre críticas: a discricionariedade do legislador e do juiz. Para alguns autores<sup>184</sup>, a falta de critérios objetivos para determinar o ponto de equilíbrio entre a gravidade e a eficiência do meio

---

<sup>181</sup> AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 283 *Apud* MELO GOMES, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 188, nota de rodapé n.º 108.

<sup>182</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal: parte general*. 5.ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 88 *Apud* idem, p. 189.

<sup>183</sup> MELO GOMES, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 189. Pormenores sobre a função legislativa e a proporcionalidade em sentido estrito, ler José Luis Díez Ripollés *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 172 ss *Apud* idem, p. 190.

<sup>184</sup> Ver nota de rodapé n.º 205 deste trabalho.

eleito para proteger o bem jurídico – seja abstrata ou concretamente – é um problema inadmissível.

No entanto, essa afirmação não parece a mais acertada. Afinal, tanto o legislador quanto o juiz carregam consigo uma *bagagem* axiológica, da qual não conseguem se despir totalmente enquanto desempenham suas funções. E, na verdade, ainda bem que é assim, uma vez que o Direito se presta a cuidar dos interesses de seres humanos e, bem por isso, chega a ser saudável que os operadores do Direito considerem suas experiências de vida no momento em que legislam ou julgam.

Vale dizer que, discricionariedade não é sinônimo de arbitrariedade, fato que impõe ao legislador e ao juiz o dever de fundamentar seus atos profissionais. Por isso mesmo, é importante que tais atores do Direito sejam extremamente responsáveis em suas atividades, ressaltadas as peculiaridades de cada uma.

É preciso que haja coerência quando da tipificação de condutas criminosas – tanto na formação do preceito primário, quanto do secundário –, bem como quando da individualização da pena.

Nesse sentido, nas palavras de Beccaria, “se o prazer e a dor são a força motora dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens às ações mais sublimes foram colocados pelo Legislador invisível o prêmio e o castigo, a distribuição desigual destes produzirá a contradição, tanto menos evidente quanto mais é comum, de que as penas punem os delitos que fizeram nascer. Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo forte o suficiente para não cometer um delito maior, se dele resultar uma vantagem maior”<sup>185</sup>.

A função legislativa assume, portanto, duas responsabilidades: em um primeiro momento delimitar “a ofensa ao bem jurídico que faz *jus* a uma proibição de caráter penal, [além de] identificar qual é a quantidade de pena necessária para fazer com que os indivíduos abstenham-se de praticá-la; não apenas apenas considerando a natureza do bem jurídico sob tutela e a sua forma de agressão, mas, sobretudo, balanceando-se com a restrição à liberdade ameaçada com a cominação da pena criminal”<sup>186</sup>; feito isso, em busca de harmonia sistêmica, deve, em um segundo momento, “comparar a figura e a pena a ela cominada com os demais tipos e correspondentes sanções do ordenamento jurídico para, em vista das particularidades de cada um, não permitir que condutas de

---

<sup>185</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 52. *Apud* MELO GOMES, Marcus Alan de. *Op.cit.*, p. 191, nota de rodapé n.º 118.

<sup>186</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade...*, p. 179.

igual gravidade sejam punidas com penas diversas, que condutas mais graves sejam punidas com penas menos severas, e vice-versa”<sup>187</sup>.

Como dito, tem o legislador de ser responsável. Quando isso não acontece, ocorre a transferência de suas responsabilidades ao juiz que, nesse caso, fica sobrecarregado com suas responsabilidades somadas as do legislador. É que, quando o juiz se vê diante da necessidade de individualizar a pena do autor de uma conduta criminosa, precisa se ater à moldura penal estabelecida pelo legislador. Se esse alarga demais os limites mínimo e máximo do preceito secundário de um tipo, repassa ao juiz a responsabilidade de analisar não só a proporção entre a conduta praticada pelo condenado e a ofensa ao bem jurídico ofendido – sua função precípua –, mas também a responsabilidade de determinar a proporção entre a conduta a ser julgada, a proteção que o legislador quis dar, bem como comparar se a proteção pretendida está de acordo com os demais bens jurídicos protegidos pela Constituição.

Em resumo, quando o legislador não obedece – intencionalmente ou não – o dever constitucional de aplicação da regra da proporcionalidade, transfere ao juiz uma dupla responsabilidade, já que este se vê obrigado não só com a proporcionalidade em sentido estrito, mas também com o princípio da individualização da pena.

E, aqui, surge um problema social importante. Afinal, não se trata apenas de uma falta de cordialidade e elegância do legislador para com o juiz, mas de verdadeira falta de comprometimento com a Constituição, bem como com o Povo eleitor.

O cerne da questão que se chama atenção é outro, principalmente ao se considerar o cenário atual, no qual programas de televisão, travestidos de telejornais especializados, têm explorado o fenômeno criminal de maneira sensacionalista, em busca de lucro financeiro.

Os formatos desses tipos de programas de televisão podem variar de um “especializado” apresentador de estúdio que comenta ocorrências policiais ou julgamentos de grande vulto até apresentadores de programas de entretenimento que se arriscam a comentar casos criminais, entre uma receita de bolo e uma aula de artesanato. Seja um formato, seja outro, e a despeito de qualquer conhecimento técnico-jurídico, os apresentadores se esforçam para garantir que o telespectador não mude a frequência de seu aparelho televisor, de modo a garantir audiência ao “jornal” e, conseqüentemente, lucros financeiros à emissora de televisão.

---

<sup>187</sup> MELO GOMES, Marcus Alan de. *Op.cit.*, p. 191-192. Em complemento, recomenda-se a leitura da nota de rodapé n.º 120 da referida obra.

Sem prejuízo, o problema da exploração criminal e respectivos atores vaidosos, pela televisão, terá espaço próprio mais adiante, por não ter relação direta com a proporcionalidade, exigida pela Constituição. Para já, importa dizer que a exploração sensacionalista referida, muito embora renda lucros financeiros para as emissoras de televisão, geram também clamor social punitivista que não pode ser alimentado pelo Estado, especialmente pelo Estado-legislador e pelo Estado-juiz.

Fato é que, no Brasil, o clamor público – que, em sua maioria, é leigo juridicamente – tem adquirido dimensões estratosféricas. Isso devido à acolhida, ainda que ilusória, por parte dos parlamentares, que, ávidos por votos de (re)eleição, prescindem da observância da proporcionalidade em sentido estrito e, em última análise, transferem suas responsabilidades aos juízes.

E não há falar que o atendimento cego ao clamor público atende ao postulado da democracia, com apoio no discurso de que o Povo detém o poder e o parlamentar unicamente faz o que o Povo manda. Democracia é muito mais do que isso. É, principalmente, o respeito ao conjunto dos ditames constitucionais, não apenas a um ou outro trecho destacado da Constituição.

Ao se utilizar da discricionariedade, própria da proporcionalidade em sentido estrito, para atender as pressões populares, o legislador menos atencioso às determinações constitucionais acaba por alargar molduras penais, criar regimes mais rigorosos de cumprimentos de penas (com condições próximas às masmorras medievais), aumentar limite máximo de cumprimento efetivo de pena, entre outras medidas que desconsideram direitos fundamentais, conquistados a custo de muito sangue derramado na época do governo militar. Vale dizer que o clamor público punitivista decorre da falta de solidariedade com o *outro*.

Se por um lado o acatamento ao clamor público pelo legislador é capaz de proporcionar sensação de segurança na população que acredita estar mais protegida após as leis mais severas, por outro lado, trata-se de uma sensação de segurança falsa. Falsa porque assim que o juiz, diante do caso concreto, se vê na obrigação de analisar a proporcionalidade em sentido estrito abstrata e concreta, para poder individualizar a pena do condenado, acaba por proferir sentenças muito aquém da pretensão social punitivista. Com isso, a sensação que antes era de segurança, passa a ser de impunidade<sup>188</sup>.

---

<sup>188</sup> Essa sensação de impunidade gera um círculo vicioso, vez que o público se revolta com o Poder Judiciário e acaba novamente pedindo socorro ao Poder Legislativo ou até legitimando abusos por parte da polícia.

Claro que existem juízes que se rendem ao clamor público, assim como também há parlamentares comprometidos com a Constituição e que, por isso, não cedem aos interesses do clamor punitivista. No entanto, quando o legislador transfere suas responsabilidades ao juiz, ele vê-se na obrigatoriedade de dirimir conflitos normativos de maneira proporcional, exercício, como já visto, discricionário e fundamentado, máxime em uma situação de vácuo legislativo.

E, aqui, retoma-se a questão da ausência de legislação infraconstitucional reguladora da comunicação social, atividade essencial a um Estado Democrático de Direito. As situações descritas nos parágrafos anteriores – envolvendo programas de televisão que exploram casos criminais –, muito frequentes no Brasil, embora tratadas de forma resumida, representam uma realidade a ser enfrentada pelos estudiosos do Direito brasileiro e, principalmente, pelo Poder Judiciário diante do vácuo legislativo atual.

Bem por isso, para resolver os conflitos normativos, o juiz precisa ponderar elementos jurídicos aplicáveis a cada caso concreto. Sem embargo, antes de analisar a atividade judicial, é imprescindível refletir sobre a importância da pessoa humana no contexto de um Estado Democrático de Direito, sem o que, de nada adianta tratar de direitos isolados.

#### 4.2.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA<sup>189</sup>

Partindo-se da premissa que a Constituição vigente no Brasil estabeleceu uma ligação – quase umbilical – entre a dignidade da pessoa humana<sup>190</sup> e os direitos fundamentais, força é convir quão grande é a importância desses aos seres humanos.

Bem por isso, revela-se interessante conhecer os pensamentos que antecederam o que, hoje, se tem por dignidade da pessoa humana. Afinal, “qualquer conceito (inclusive jurídico) possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para

---

<sup>189</sup> Para fins de fidelidade da fonte, esclarece-se que as informações inseridas neste subtópico, inclusive as informações soltas em notas de rodapé, são fruto da interpretação deste autor a partir de obra do Senhor Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9.ed., rev., atual., 2.tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012).

<sup>190</sup> Importa dizer que “apenas a dignidade de determinada (ou determinadas) pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em abstrato. Vinculada a esta ideia, que já transparecia no pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, razão pela qual não se deverá confundir as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo. Registre-se, neste contexto, o significado da formulação adotada pelo Constituinte [brasileiro de 1988], ao referir-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República (...).” (Idem, p. 63-64).

que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido”<sup>191</sup>.

Assim, vale dizer que, dos valores sociais, a dignidade da pessoa humana é um dos mais antigos, sendo, inclusive, anterior às próprias Constituições<sup>192</sup>. Mesmo assim, é bom lembrar que nem sempre a dignidade esteve atrelada ao substantivo pessoa, máxime como um atributo inerente a ela, pelo simples fato de ser humana.

A ideia de dignidade da pessoa humana não tem origem determinada. Na verdade, existem inúmeras teorias, cada uma com uma base diferente.

Nesse sentido, faz-se interessante uma pequena retrospectiva.

Do ponto de vista religioso, a despeito de não se encontrar na Bíblia um conceito do que seja dignidade, “tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela ‘Santa Inquisição’) – de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é instrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”<sup>193</sup>.

Por uma ótica fria, conclui-se que tal perspectiva resultou de um exercício interpretativo – egoísta e vaidoso, frise-se – feito pelo homem, o qual extraiu da Bíblia fonte de referência da citada religião, um raciocínio que o colocava em posição superior a do animal, de modo que este não tinha dignidade por não ser a imagem e semelhança de Deus, enquanto aquele a tinha por sê-lo.

Já do ponto de vista “filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da

---

<sup>191</sup> Idem, p. 33.

<sup>192</sup> Como dado histórico, vale dizer que a dignidade da pessoa humana só foi incluída em textos constitucionais a partir do século XX. As primeiras iniciativas nesse sentido foram da Alemanha (1919), de Portugal (1933) e da Irlanda (1937). Segundo Eduardo Bittar, “a ideia de dignidade da pessoa humana hoje, resulta, de certo modo, da convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo construídas desde longa data na cultura ocidental” (Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade, in A. Almeida Filho; P. Melgaré (Orgs.), *Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 246-247 *Apud* SARLET, Ingo. W. *Op. cit*, p. 34. Dados históricos mais detalhados podem ser consultados nas páginas 76-78 da citada obra de Ingo W. Sarlet.

<sup>193</sup> SARLET, Ingo. W. *Op. cit*, p. 34. “Na primeira fase do cristianismo, quando este havia assumido a condição de religião oficial do Império, destaca-se o pensamento do Papa São Leão Magno, sustentando que os seres humanos possuem dignidade pelo fato de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana, além de revigorar a relação entre o Homem e Deus mediante a voluntária crucificação de Jesus Cristo” (Idem, p. 36).

comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas”<sup>194</sup>.

E aqui, um parêntese importante. É que além do egoísmo humano ter sido capaz de modificar o pensamento cristão, no sentido de não bastar ser superior ao animal, mas ainda ser preciso diferenciarem-se entre si, considerada a importância da posição social ocupada; ainda a Filosofia exercia grande influência sobre o Poder Público, principalmente o Legislativo. Afinal, o fato do ser humano se considerar o centro dos interesses fazia reflexo em uma produção legislativa voltada a satisfazer tal finalidade<sup>195</sup>.

Parêntese feito, importa dizer que embora não exista nenhum ordenamento jurídico que conceitue dignidade da pessoa humana, quase todos têm a preocupação de prevê-la em seus textos Constitucionais e até em Tratados Internacionais<sup>196</sup>. A grande motivação para as referidas inserções reside na máxima kantiana de que o homem é um fim em si mesmo.

Sem prejuízo das teorias já tratadas sobre a dignidade da pessoa humana, constata-se que o pensamento estoíco é o que mais se aproxima do contemporâneo, vez que, por ele, se preservam os posicionamentos cristão e político-filosófico, acrescentando a eles um certo toque de harmonia.

Afinal, pela teoria estoíca passa-se a admitir dois vieses para a dignidade, a saber, dignidade moral e dignidade sociopolítica. Enquanto esta é medida pela posição social que o homem ocupa, diferenciando-o dos demais, aquela está “intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e

---

<sup>194</sup> Idem, p. 34. Thomas Hobbes dizia que “o valor de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder. Portanto, não absoluto, mas algo que depende da necessidade e do julgamento de outrem. Um hábil condutor de soldados é de alto preço em tempo de guerra presente ou iminente, mas não o é em tempo de paz. Um juiz douto e incorruptível é de grande valor em tempo de paz, mas não o é tanto em tempo de guerra. E tal como nas outras coisas, também no homem não o é o vendedor, mas o comprador quem determina o preço. Porque mesmo que um homem (como muitos fazem) atribua a si mesmo o mais alto valor possível, apesar disso seu verdadeiro valor não será superior ao que lhe for atribuído pelos outros” (idem, p. 38-39).

<sup>195</sup> Atualmente, a influência outrora exercida pela Filosofia cedeu espaço para a mídia, em especial, para a mídia sensacionalista.

<sup>196</sup> “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. (...) Art. 1º - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)” (Declaração Universal dos Direitos Humanos);

“Art. 1º - A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público” (Lei Fundamental da Alemanha);

“Art. 1º - Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (Constituição de Portugal)

“Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana

(...)” (Constituição do Brasil)

responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade”<sup>197</sup>.

E nesse ânimo, entre um pensador e outro, concebeu-se a ideia de dignidade não como um direito, mas como o fundamento para a criação de direitos. E apenas desse modo – como semente geradora de direitos – é que se pode admitir a dignidade da pessoa humana como algo absoluto, já que não se pode pensar em sua dissociação com o ser humano, pois um atributo inerente a ele. Aliás, “não é à toa que se tenha traçado uma distinção entre a dignidade fundamental (esta absoluta) e a dignidade ‘atuada’, isto é, manifestada pelos atos concretos das pessoas (estes sujeitos a limites)”<sup>198</sup>.

Sem embargo, verifica-se que “a noção de reconhecimento, posteriormente desenvolvida em Hegel e muitos dos sucessores, assim como a tradicional vinculação entre honra, imagem e dignidade, de alguma forma se faz presente durante toda a trajetória de afirmação e reconstrução da noção de dignidade da pessoa humana”<sup>199</sup>.

Pelo pensamento de Immanuel Kant, ao se admitir a ideia de que as pessoas humanas têm dignidade só por assim o serem, não se tolera qualquer tipo de coisificação ou instrumentalização do ser humano<sup>200</sup>. E esse raciocínio é muito importante quando se assiste ao modo como os autores dos casos criminais são explorados pelos meios de comunicação social, com a conivência das autoridades responsáveis pelas custódias, máxime quando ainda são supostos autores, vez que os principais abusos ocorrem no curso dos inquéritos policiais, momento em que ainda não há responsabilidade definida.

Vale dizer que a exposição do preso na mídia, pela ótica kantiana, não é ética. Afinal, preso (provisório ou condenado) por pior que seja o crime a ele imputado não perde a condição de ser humano e só por esse pormenor deve ter garantido o respeito compatível a tal condição, tanto por seus semelhantes, como, e principalmente, pelo Estado<sup>201</sup>. E respeito, no contexto de um Estado Democrático de Direito, significa, no mínimo, acesso às garantias constitucionais, em especial à presunção de inocência e à proteção dos direitos de sua personalidade.

---

<sup>197</sup> SARLET, Ingo. W. *Op. cit.*, p. 35. “Como bem lembra Marco Ruotolo, no pensamento de Cícero e no pensamento greco-romano, a dignidade assume uma dupla significação, como dote (dádiva) e como ‘conquista’, no sentido de ser também o resultado de um fazer, um agir na esfera social, o que também corresponde à concepção dominante na tradição cristã, onde é possível distinguir entre uma dignidade ontológica (ou inata), visto que decorrente da condição de o ser humano ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, e uma dignidade existencial ou adquirida, correspondente a circunstância de se levar uma vida de acordo com os ditames da religião Cristã” (Idem, p. 36).

<sup>198</sup> Idem, p. 160.

<sup>199</sup> Idem, p. 39.

<sup>200</sup> SARLET, Ingo. W. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>201</sup> No mesmo sentido, Ingo W. Sarlet (*Op. cit.*, p. 48).

A despeito de ser a dignidade da pessoa humana uma *tese não interpretada*<sup>202</sup> e de difícil conceituação, trata-se de algo “real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. Com efeito, não é à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é. (...) Assim, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente”<sup>203</sup>.

Nesse sentido e reforçando o que já foi dito, “em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra JOSÉ AFONSO DA SILVA – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à sua natureza, como se fosse um atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração. Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade’, preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou – após a profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade [do século passado] – as premissas basilares da doutrina kantiana”<sup>204</sup>.

Há quem advogue, no entanto – e não se pode deixar de considerar –, pensamento no sentido de que a dignidade da pessoa não é exclusivamente inerente à natureza humana, “isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente, refutando-se a tese de que a dimensão

---

<sup>202</sup> Expressão de Theodor Heuss, citado por Ingo Sarlet (*Op. cit.*, p. 50).

<sup>203</sup> SARLET, Ingo W. *Op. cit.*, p. 50-53.

<sup>204</sup> SARLET, Ingo W. *Op. cit.*, p. 54-55.

ontológica da dignidade possa ser equiparada a uma dimensão por assim dizer biológica”<sup>205</sup>. Vale dizer que esse pensamento transcende ao campo doutrinário, alcançando alguns tribunais de relevante atuação no campo de defesa dos direitos fundamentais, a saber, o alemão<sup>206</sup> e o português<sup>207</sup>.

Talvez um ponto de equilíbrio entre as mencionadas teses aponte para um relativismo moderado, de modo que a dignidade, ao mesmo tempo em que é uma característica intrínseca ao ser humano, também não pode ter um conceito fechado, uma vez que o momento sociocultural pode influenciar – e influencia – seu modo de aplicação. Prova disso é a simples constatação de que práticas admitidas em séculos passados são inadmissíveis na atualidade, a exemplo da escravidão.

E nesse ponto importa dizer que a relativização da dignidade da pessoa humana jamais pode ultrapassar os limites mínimos impostos pela Constituição da República<sup>208</sup>, sob pena de violação de direitos. “É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplce esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade<sup>209</sup>”.

Hoje em dia, os casos criminais são tratados como verdadeiros espetáculos, nos quais a condenação ao cumprimento de penas privativas de liberdade é o mínimo esperado e admitido pelos espectadores. Qualquer tentativa de proteção aos direitos fundamentais dos investigados é interpretada como violação à liberdade de expressão, à liberdade de exercício da atividade da comunicação social e, por que não dizer, uma forma de censura. Ideia essa incutida pelas empresas da imprensa na mente dos cidadãos, com o objetivo de que esses se sintam-se prejudicados por não terem acesso às imagens de pessoas algemadas ou aos julgamentos técnico-criminais e passem a dar

---

<sup>205</sup> Idem, p. 57.

<sup>206</sup> Segundo constou na “decisão do Tribunal Federal Constitucional (v. BverfGE vol. 45, p. 229), ora objeto de livre tradução, ‘não se pode perder de vista que a dignidade da pessoa humana é algo irrenunciável, mas o reconhecimento daquilo que é exigido pelo postulado que impõe a sua observância e respeito não pode ser desvinculado da evolução histórica. A história das políticas criminais revela que penas cruéis foram sendo gradativamente substituídas por penas mais brandas. Da mesma forma a evolução de penas gravosas para penas mais humanas e de forma simples para formas mais diferenciadas de penalização tem prosseguido, permitindo que à dignidade da pessoa humana, repousa necessariamente sobre o estado vigente do conhecimento e compreensão e não possui uma pretensão de validade indeterminada’” (Idem, p. 57).

<sup>207</sup> Trecho extraído do acórdão n.º 90-105-2, de 29 de março de 1990, do Tribunal Constitucional, diz que “a idéia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente” (Idem, p. 57).

<sup>208</sup> “Recolhendo aqui a lição de Podlech, poder-se-á afirmar que, na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade)” (SARLET, Ingo. W. *Op. cit.*, p. 58).

<sup>209</sup> Idem, p. 58.

força à pressão corporativa, de modo que o Poder Público não tome nenhuma atitude para restringir o exercício da imprensa, ainda que para preservar os direitos individuais do cidadão investigado.

Esse exercício de incubar a ideia de prejuízo nos espectadores é erroneamente chamado de clamor público. Na verdade, os meios de comunicação constroem aquilo que pretendem seja clamado pelo público, isto é, um clamor inconscientemente plantado na população que não se dá conta de que os direitos fundamentais são importantes meios de defesa, inclusive para eles mesmos, caso passem por situação similar. O grande problema é que os espectadores não imaginam – e não admitem – que podem passar por situação parecida, uma vez que se julgam pessoas *do bem*, ao passo que aquele outro ser humano algemado, um desconhecido que ainda não teve sua responsabilidade definida, é tido como uma pessoa *do mal*.

Uma das duas dimensões da dignidade da pessoa humana, como já apresentado, revela-se na obrigação imposta ao Estado, no sentido de preservar os direitos das pessoas, atividade nada simples, muito embora necessária.

Apesar do momento sociocultural popular no Brasil atual quase exigir a exploração de casos criminais, não se pode admitir – e o Estado deve agir nesse sentido – que o ser humano seja coisificado, sob pena de se ultrapassarem os limites mínimos impostos pela própria Constituição da República, o que, conforme já dito, não pode ser tolerado, sob pena de se legitimar a violação de direitos individuais para satisfazer interesses financeiros das empresas midiáticas, sob o argumento de estarem exercendo o direito de informar, o qual, frise-se, não é absoluto<sup>210</sup>.

O ser humano é um sujeito de direitos e esse é o limite que o Estado deve obedecer e impor seja obedecido por aqueles que desempenham qualquer atividade profissional, máxime quando essa atividade visar lucro financeiro, como é o caso da imprensa, empresa privada e com fins explicitamente lucrativos.

Nenhum ser humano, por mais cruel que seja a acusação contra ele imputada, pode ser tratado como objeto necessário à obtenção de lucro por um meio de comunicação social. E nem se alegue que a figura do suposto responsável pelo caso criminal não é imprescindível para gerar uma matéria jornalística, afinal, não é por outra razão que casos de suicídio não têm o mesmo espaço midiático que um caso de

---

<sup>210</sup> A despeito de não haver uma conceituação de dignidade da pessoa humana, “vale citar a fórmula desenvolvida por Dürig, na Alemanha, para quem (na esteira da concepção kantiana) a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos” (SARLET, Ingo. W. *Op. cit.*, p. 70).

homicídio triplamente qualificado, justamente por aqueles casos não terem a figura de uma pessoa viva e algemada que possa ser apontada como a responsável pela conduta, em um programa de televisão<sup>211</sup>.

Nesse sentido, vale rememorar as palavras de DWORKIN ao se referir às duas já citadas vozes da dignidade, a ativa e a passiva, sendo certo que “‘ambas estão conectadas’, de tal sorte que é no valor intrínseco (na ‘santidade e inviolabilidade’) da vida humana, de todo e qualquer ser humano, que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la considerada e respeitada”<sup>212</sup>.

Bem por isso, o Estado deve se esmerar para garantir a efetiva proteção aos direitos fundamentais, máxime daqueles cidadãos estigmatizados pelas acusações criminais a eles imputadas.

Em outras palavras, “o desempenho das funções sociais em geral encontra-se vinculado a uma recíproca sujeição, de tal sorte que a dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio proíbe a completa e egoística disponibilização de outro, no sentido de que se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser (pelo

---

<sup>211</sup> Nesse sentido, vale colacionar a reflexão de Domingos Barroso Costa a partir de um caso criminal que gerou a comoção social. Segundo o Mestre em Psicologia, “muitos espectadores se esquecem do lucro que [fomenta as reportagens criminais], lembrança que, por si só, seria suficiente a desmascarar os reais interesses que subjazem à exposição integral da morte de um cinegrafista, filmado em seus estertores após ser atingido por um disparo de arma de fogo durante uma operação policial no Rio de Janeiro. A consciência do lucro que há por detrás da informação permitiria a crítica quanto à imparcialidade na escolha e na forma de apresentação das notícias, ao mesmo tempo em que conduziria à conclusão de que a informação quanto à ocorrência de um homicídio dispensa a exibição das imagens de uma pessoa desferindo tiros em outra, que cai e em seguida morre, tórax sujo de sangue, olhos fixos no alçó que vira as costas e deixa a cena do crime calmamente, ainda de arma em punho.

O excesso descritivo nada mais é do que um recurso de linguagem com que se visa bem demonstrar que o interesse subjacente à espetacularização das notícias supera em muito a simples informação. Sem mencionar o efeito catártico de quem se sente aliviado por não ter feito parte das tragédias, a transformação da criminalidade em espetáculo cotidiano de sons e imagens é, sim, uma forma lucrativa de exploração não só da curiosidade mórbida dos espectadores, como também de outros impulsos primitivos que acabam tocados e estimulados pela exposição do bizarro, o que desvela um circuito perverso que se retroalimenta da seguinte forma: quanto mais se exhibe a criminalidade, mais se amplia a audiência, que tem o senso crítico entorpecido na medida em que recebe a mensagem como *denúncia*, ou seja, sob a justificativa de uma necessária conscientização quanto à incapacidade de juízes, promotores e policiais de lidarem com a delinquência que se alastra; e, para que sempre se faça legítima a exploração maciça desse tipo de informação, mais necessária é a difusão de uma ideia de incompetência das autoridades para lidarem com a expansão da delinquência, o que termina por justificar a cada vez maior e mais profunda intervenção da mídia nesses assuntos. E assim segue, em modo contínuo.

O problema é que os efeitos desse circuito de exposição maciça da criminalidade e difusão do discurso *denunciador* da incompetência das autoridades em lidar com a questão não podem ser controladas ou definidos com precisão. Como já consignado, veiculadas pelos meios de comunicação de massa, tais mensagens atingem um sem-número de sujeitos cujo imaginário atizam, mexendo com fantasias inconscientes, propulsoras de atos que os integrarão naquele circuito na medida em que se exponham como criminosos (agressores) ou vítimas. Daí, inclusive, o preceito ético que recomenda a não divulgação de suicídios” (Circuitos perversos: alguns apontamentos sobre os efeitos da libertinagem de imprensa. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, 234, maio, 2012, p.15-16).

<sup>212</sup> SARLET, Ingo W. *Op. cit.*, p. 62.

menos em muitas situações, convém crescer) o objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro”<sup>213</sup>.

O Brasil, por dispositivo constitucional<sup>214</sup> expreso, veda a submissão de alguém à tortura, a qualquer tratamento desumano ou, ainda, a qualquer tratamento degradante<sup>215</sup>, de modo que cabe ao Estado identificar e coibir práticas que coloquem um ser humano em uma dessas situações, ainda que indiretamente, mas que, de qualquer forma, o submeta à condição de homem-objeto.

Sem prejuízo do que foi dito sobre a falta de conceituação de dignidade da pessoa humana, em especial por conta do caráter mutável pelo efeito sociocultural, limitado às garantias constitucionais, vale a pena citar a proposta elaborada por Ingo W. Sarlet, para quem dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”<sup>216</sup>.

Dito isso e pela perspectiva de que a dignidade é um complexo de direitos e deveres que asseguram proteção ao ser humano, força é convir que “não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido”<sup>217</sup>.

Afinal, se a dignidade é a fonte dos demais direitos e é uma qualidade intrínseca a todo ser humano, não pode ser “ela própria concedida pelo ordenamento jurídico. Tal aspecto, embora seguindo sentido inverso, chegou a ser objeto de lúcida referência feita pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser retirada de nenhum ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre. Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em

---

<sup>213</sup> Idem, p. 63.

<sup>214</sup> Artigo 5º, inciso III.

<sup>215</sup> O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já se pronunciou sobre o tema no caso *Ananyev e outros vs. Rússia*, ocasião em que estabeleceu critérios para diferenciar *tortura, tratamento desumano e degradante*.

<sup>216</sup> *Op. cit.*, p. 73.

<sup>217</sup> Idem, p. 84.

verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa. Por esta razão, consideramos que neste sentido – de um direito à dignidade da pessoa como concessão – efetivamente poder-se-á sustentar que a dignidade da pessoa humana não é e nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental”<sup>218</sup>. Poderá sim ser uma garantia para a efetivação de direitos que proporcionem uma vida digna, “razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertserzendes Verfassungsprinzip*)”<sup>219</sup>.

Sem prejuízo, “constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis –, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas (...). Nesse sentido, VIEIRA DE ANDRADE, embora sustentando que o princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, admite, todavia, que o grau de vinculação dos diversos direitos àquele princípio poderá ser diferenciado, de tal sorte que existem direitos que constituem explicitações em primeiro grau da ideia de dignidade e outros que deste são decorrentes”<sup>220</sup>.

Importa chamar atenção ao “respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa, tudo a revelar a já indicada conexão da dignidade, não apenas como um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também com os direitos de personalidade em geral”<sup>221</sup>. Concepção essa expressamente reconhecida pelo Tribunal Constitucional da Espanha, “ao afirmar que o direito à intimidade, como derivação da dignidade da pessoa, implica a existência de um âmbito próprio e

---

<sup>218</sup> Idem, p. 84.

<sup>219</sup> Idem, p. 85. No mesmo sentido, “como bem lembrou Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição a despeito de seu caráter compromissário, confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o ‘alfa e ômega’ do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais” (idem, p. 91).

<sup>220</sup> SARLET, Ingo. W. *Op. cit.*, p. 93-94.

<sup>221</sup> Idem, p. 103-104.

reservado em face de atuação e conhecimento dos demais, indispensável à manutenção de uma qualidade mínima de vida humana”<sup>222</sup>.

Nesse contexto, em consonância com a necessidade do Estado, em especial pela via legislativa, de “promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”<sup>223</sup>, caracterizam importantes instrumentos de defesa, máxime no processo penal, o princípio da isonomia – pelo qual se busca a igualdade entre *diferentes incomparáveis*, como bem diz LEONARDO WANDELLI<sup>224</sup> – e o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*)<sup>225</sup>, sem prejuízo de outros existentes.

E mais, “da dupla função de proteção e defesa segue também o dever de implementar medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de reconhecer e fazer cessar (ainda que para efeitos simbólicos), ou, de acordo com as circunstâncias, minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano”<sup>226</sup>.

Sendo assim, quando um ser humano fere a dignidade de outro com a prática de uma conduta tipificada em lei penal e, portanto, comete um crime, muito embora sua atitude seja indigna, o agente não perde sua dignidade, vez que essa é inerente à condição humana<sup>227</sup>. Sua atitude, no entanto, desperta no Estado uma dupla função, a de punir o agente do crime e a de garantir a aplicabilidade dos direitos desse mesmo agente, o qual deve ter uma defesa efetiva, o que inclui ter sua inocência presumida até que sua responsabilidade seja declarada em sentença penal.

E é aqui que a liberdade de imprensa precisa ser limitada, de modo a ser possível garantir uma efetiva proteção aos direitos fundamentais do acusado. Limite

---

<sup>222</sup> Idem, p. 104.

<sup>223</sup> Idem, p. 133.

<sup>224</sup> *Despedida Abusiva*. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004, p. 373. *Apud* SARLET, Ingo W. *Op. cit.*, p. 105

<sup>225</sup> Os julgados BverfGE 9, 89 (95), BverfGE 84, 188 (190) e BverfGE (28(35), todos do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em síntese apertada, sublinharam “que constitui exigência da dignidade da pessoa humana que o poder público não disponha de forma arbitrária dos direitos da pessoa, ou seja, de que o indivíduo, no âmbito do processo, não pode ser tratado como mero objeto da decisão judicial, mas sim, deve ter assegurada a possibilidade de, como sujeito, se manifestar e exercer influência na esfera do processo decisório” (SARLET, Ingo. W. *Op. cit.*, p. 115).

<sup>226</sup> SARLET, Ingo. W. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>227</sup> “(...) muito embora a prática de atos indignos (vale dizer claramente, de violações da dignidade) não tenha o condão de acarretar a perda da dignidade (que não ocorre nem mesmo voluntariamente, já que, ao menos em princípio, irrenunciável), parece-nos razoável admitir – rendendo-nos ao que inexoravelmente acaba ocorrendo na prática – que qualquer pessoa, ao cometer uma ofensa à dignidade alheia, acaba por colocar, a si mesma, numa condição de desigualdade na sua relação com os seus semelhantes, que, para além de serem igualmente dignos por serem pessoa, são também – pelo menos para efeito do caso concreto em que se está a fazer a ponderação – dignos nas suas ações (e, exatamente neste particular, diferentes) (Idem, p. 159-160).

esse que não pode ser admitido como censura, vez que a notícia da ocorrência do crime pode e deve ser divulgada. O que não pode, pelo menos antes de uma condenação judicial, é divulgar a imagem e os dados pessoais desse acusado, isso em respeito à presunção de inocente que lhe assiste.

Desse modo, o Estado garante o exercício do direito de imprensa e ao mesmo tempo preserva os direitos individuais do acusado. Trata-se de verdadeiro exercício de otimização do princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, a prevalência da proteção dos direitos individuais do acusado enquanto este não tem sua responsabilidade formada (momento em que o exercício da imprensa fica limitado) e posterior prevalência da liberdade de imprensa com a publicação de eventual sentença condenatória, nada mais é do que a busca da máxima medida possível do princípio da dignidade da pessoa humana, preservando-se o núcleo essencial dos direitos envolvidos.

Acrescenta-se, ademais, que embora a exploração da imagem do acusado preso (provisório na maioria dos casos televisivos) não se dê diretamente por atos de agentes estatais, acontece com o aval desses. Afinal, a filmagem dos momentos exatos das prisões, o acesso ao preso para que ele seja entrevistado, bem como outras formas de exposição do acusado de um crime, só acontecem com a permissão dos responsáveis pelo cumprimento das prisões, agentes do Estado que, por imposição constitucional, têm o dever de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente dos que estiverem sob sua custódia, ainda que as acusações sejam graves, sob pena de restar configurada a prática de ato degradante, na modalidade humilhação.

Nesse sentido, “um exemplo digno de nota, ainda mais em função da discussão que gerou na esfera pública, pode ser encontrado na Súmula [Vinculante do Supremo Tribunal Federal do Brasil] que restringiu o uso de algemas por parte da autoridade judiciária e policial, exigindo justificativa devidamente fundamentada para tanto. Embora questionável se o uso em si de algemas já representa uma violação da dignidade da pessoa (o que, se for admitido como correto, implica afirmar que a absoluta maioria dos Estados e de suas ordens jurídicas chancela prática indigna), o que merece destaque, sem prejuízo de outros aspectos a serem discutidos e da correção do uso do instituto da Súmula no caso, é a mensagem clara de que a humilhação pura e simples, o uso desnecessário e, portanto abusivo, de algemas ou mesmo outros meios que reduzem a pessoa à condição de objeto ou limitam fortemente sua capacidade de ação e liberdade, assim como a exposição pública e não raras vezes para efeitos ‘midiáticos’ (reforçando

o argumento da humilhação) da pessoa algemada, devem ser repudiados”<sup>228</sup>, em respeito aos preceitos constitucionais e, em última análise, em respeito à pessoa, que apesar de acusada do cometimento de um crime, ainda que presa em flagrante, pode ser absolvida durante o processo criminal e que, nessa hipótese, precisará ter sua imagem e demais direitos de personalidade preservados, sem o que jamais será absolvida pelo controle social informal.

Sendo assim, o Estado deve dar efetividade às medidas que se prestem a garantir a maior proteção possível aos direitos individuais daquele que se vê sob lâmina da espada da justiça penal e, ao mesmo tempo, garantir o exercício da liberdade de imprensa. Daí que a publicidade dos atos processuais e a presunção de inocência do arguido até o trânsito em julgado de eventual decisão condenatória se mostram fatores de suma importância no curso de um processo penal.

#### 4.2.1.1. A PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS PENAIS E SUAS LIMITAÇÕES, A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O SEGREDO DE JUSTIÇA

Um Estado que adota o modelo Democrático de Direito deve, dentre outras obrigações, prever um processo penal público, sem o que se abre espaço a arbitrariedades. No entanto, publicidade dos atos processuais não significa uma autorização para que um caso criminal seja novelizado, tampouco seu possível protagonista seja coisificado, sob o argumento de satisfazer o interesse público.

Para tudo há um limite e, como já dito algumas vezes, com a liberdade de imprensa não é diferente. Afinal, não se pode dar ao princípio da publicidade uma dimensão maior do que aquela possível.

Nesse sentido, vale dizer que, inspirado no Iluminismo, o princípio da publicidade não tem o fim de expor os detalhes dos casos judiciais, mas sim evitar que atos ocorram sem o conhecimento das partes envolvidas e, com isso, se garanta a ampla defesa e o contraditório, princípios também constitucionais. E para essa atividade, a publicidade se revela eficaz.

Sendo assim, força é convir que mais importante do que o conhecimento dos detalhes dos casos criminais pela população em geral, é o conhecimento desses detalhes pelas partes do processo.

---

<sup>228</sup> SARLET, Ingo W. *Op. cit.*, p. 154.

Nesse diapasão, “pode-se concluir que a publicidade processual se apresenta sob dois matizes. Primeiramente aquele que se refere às partes processuais, possibilitando o contraditório e o exercício da ampla defesa. Depois, a publicidade perante terceiros, a qual tem por escopo a supervisão do público sobre a justiça”<sup>229</sup>.

Sem embargo, enquanto a publicidade dos atos processuais é imprescindível às partes<sup>230</sup>, a publicidade perante terceiros<sup>231</sup> não é essencial, embora seja importante. É que enquanto esta visa a possibilitar aos cidadãos o controle sobre os atos judiciais e, em última análise, o controle democrático sobre o Poder Judiciário, aquela possibilita ao arguido conhecer as fundamentações das decisões do processo, bem como os termos exatos da acusação a ele imputada, fatores que viabilizam o exercício do direito de defesa, inclusive no que toca à produção de prova por iniciativa desta<sup>232</sup>.

Afinal, o processo é uma garantia do arguido, o qual não pode ser responsabilizado pelo cometimento de um crime sem a devida apuração. Nesse sentido, vem à baila o princípio da presunção de inocência, que se funda “no reconhecimento do valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre, democrática e que reconhece nos princípios de direito natural o seu alicerce, sendo, de tal modo, a pedra de toque da democracia e da liberdade, não podendo ser minimizada no vórtice de uma qualquer consternação social, por mais essenciais que sejam os valores que a suscitam”<sup>233</sup>.

Em outras palavras, por não ser absoluto, o princípio da presunção de inocência deve ser aplicado ao máximo possível pelos atores do processo penal que representam o Estado, vez que se encarrega de impedir que alguém seja considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma decisão condenatória.

E aqui um parêntese. CESARE BECCARIA, ao tratar de tortura – na época em que esse era um método legal de obtenção de prova – em sua clássica obra *Dos delitos e das penas*, dizia que “um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença de um juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção jurídica depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas

---

<sup>229</sup> SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. *Os medias e a justiça penal*. Algumas reflexões. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Manuel da Costa Andrade. 2004/2005, p. 53.

<sup>230</sup> Também chamada de publicidade intraprocessual.

<sup>231</sup> Também chamada de publicidade extraprocessual.

<sup>232</sup> “Ora, a condição de acusado no processo penal, na qual poderá ser-lhe tolhida a liberdade, gera uma inquietação natural em seu espírito e tal tensão seria sobremaneira aumentada se ao acusado não fosse possibilitado ter consciência de acusação que lhe é feita” (SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. *Op. cit.*, p. 54). No mesmo sentido, Franz Kafka (*Der Prozess*. Traduzido para a língua portuguesa por Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006)

<sup>233</sup> SAMPAIO, Jorge. Presunção de inocência e lealdade processual. *Scientia Iuridica*. t. LII, n. 197, p. 419., *Apud* SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. *Op. cit.*, p. 100.

o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para cominar uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado”<sup>234</sup>. E continua, dizendo que aí “está uma proposição muito simples: ou o crime é certo, ou é incerto. Se é certo, apenas deve ser punido com a pena que a lei fixa (...). Se o crime é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Efetivamente, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não está provado”<sup>235</sup>.

Vale ressaltar que o pensamento de BECCARIA, apesar de contemporâneo ao início do Iluminismo, ainda é muito atual, principalmente se considerarmos o modo como as notícias criminais são exploradas pelos meios de comunicação social. Meras prisões em flagrante são suficientes para instar jornalistas a violarem de maneira frontal os direitos individuais daquele cidadão que ainda não teve sua responsabilidade apurada por meio de um processo judicial, tampouco teve a oportunidade de exercer seu direito de defesa<sup>236</sup>.

Nesse sentido, a dúvida de BECCARIA merece reflexão: *Se o crime é incerto, não é hediondo atormentar um inocente?*

E nem se alegue que a prisão em flagrante ou a confissão inviabilizam a prolação de uma sentença absolutória. Afinal, só as provas produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa é que são capazes de conduzir a convicção do juiz, seja pela condenação, seja pela absolvição do arguido. Não fosse assim, a lei eximiria a necessidade de um processo nos casos em que houvesse confissão ou flagrante, o que não acontece justamente pela vulnerabilidade que esses podem ter, se não forem corroborados por outras provas.

Bem por isso, “a presunção de inocência possui uma obrigação, dirigida a todas as pessoas, *intra* ou *extra* processuais, em tratar o acusado como qualquer pessoa que não esteja sendo processada criminalmente. Noutras palavras, durante o desenvolvimento do processo o tratamento dispensado ao arguido deve ser imune de situações que propiciem antecipação ou juízo de culpabilidade. Isso porque não se pode ignorar que o arguido deve ser sempre considerado honesto, eis que, demonstrada a sua culpa poder-se-ia agravá-lo, sem qualquer prejuízo à coletividade, enquanto, ao concluir

---

<sup>234</sup> Traduzido por Torrieri Guimarães, 4. Reimpressão, São Paulo: Hemus, 1996, p. 31-32.

<sup>235</sup> Idem, p. 32.

<sup>236</sup> “Sagrado e inviolável é sem dúvida o direito de defesa, certo e indiscutível é o princípio de que o imputado não pode ser considerado culpado antes da sentença condenatória definitiva, porém, que se deva considerá-lo inocente enquanto se procede contra ele a acusação de delito é uma enormidade, uma patente inversão do sentido lógico e jurídico, que não se pode admitir nem mesmo como maneira de se expressar. Enquanto existe um processo em curso, não há nem um inocente nem um culpado, senão um indiciado: somente no momento em que vem a sentença, se saberá se o indiciado é culpado ou inocente” (Trecho de Alfredo Rocco, extraído da *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Italiano*, de 1930, citado por Mário Elias Soltoski Júnior, *Op. cit.*, p. 110).

pela sua inocência, tal tratamento manter-se-ia. Diferentemente seria no caso de tratá-lo como culpado durante todo o processo, pois se demonstrada a sua inocência, qualquer desagravo já seria inócuo e grande prejuízos causaria”<sup>237</sup>.

Parêntese feito, força é convir que o exercício da liberdade de imprensa, quando não regulamentado, aliado aos interesses comerciais das empresas midiáticas, pode violar não só a presunção de inocência, mas tantos outros direitos fundamentais dos arguidos em processo penal. Bem por isso, a proteção do segredo de justiça revela-se um importante meio de preservação dos direitos individuais do arguido até o momento da sentença de 1ª instância, pelo menos.

#### 4.2.1.1.1. EM PORTUGAL

O artigo 206 da Constituição da República portuguesa estabelece que “as audiências são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para a salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento”.

Em complemento, o Código de Processo Penal, no artigo 86, disciplina o modo como se dará essa publicidade. Vale citar, no entanto, o n.º 2 desse artigo, o qual outorga competência ao juiz de instrução para determinar, por despacho irrecorrível, a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, ao segredo de justiça, quando entender que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais<sup>238</sup>. Já o n.º 6, vincula o direito à publicidade, em especial, a assistência, pelo público em geral, à realização dos atos processuais e a narração dos atos processuais, ou reprodução dos seus termos, pelos meios de comunicação social. Em seguida, o n.º 8 determina que o segredo de justiça vincula todos os sujeitos e participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contato com o processo ou conhecimento de elementos a ele pertencentes, além de implicar a proibição de divulgar a ocorrência de ato processual ou dos seus termos, independentemente do motivo que presidir a tal divulgação.

No que toca à publicidade e aos meios de comunicação social, o artigo 88 do Código de Processo Penal se encarrega de estabelecer limitações, sendo a principal

---

<sup>237</sup> SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. *Op. cit.*, p. 128.

<sup>238</sup> Pelas palavras de José Manuel de Matos Fernandes, “o ritual judiciário comporta momentos de luz e momentos de sombra: enquanto, no julgamento, se exigem a claridade e a transparência, já no inquérito se é o segredo que prevalece” (Justiça e comunicação social. *Estudos de Direitos da Comunicação*. António Pinto Monteiro (Coord.). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 2002, p. 12 *Apud* SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. *Op. cit.*, p. 79).

delas – colocada logo no n.º 1 do referido artigo – a proibição de narrar o teor de qualquer ato processual que esteja sob segredo de justiça.

Também é vedado aos meios de comunicação social, sob pena de desobediência simples, transmitir ou registrar imagens ou tomadas de sons relativas à prática de qualquer ato processual, nomeadamente da audiência, salvo se a autoridade judiciária, por despacho, a autorizar e desde que a pessoa relacionada não se opuser à transmissão. Tem-se, aqui, uma dupla necessidade de autorização, a saber, do juiz e da pessoa relacionada à transmissão, à imagem ou ao som referidos<sup>239</sup>.

Não obstante a proteção quanto aos direitos individuais do arguido, a lei ainda proíbe a publicação da identidade de vítimas de crimes de tráfico de pessoas, crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, contra a honra ou a reserva da vida privada, exceto se a vítima consentir expressamente a referida publicação<sup>240</sup>.

Por fim, a lei processual penal portuguesa proíbe, também sob pena de desobediência simples, a publicação, por qualquer meio, de conversações ou comunicações interceptadas no âmbito de um processo, salvo se não estiverem protegidas pelo segredo de justiça, e para além disso, se os intervenientes expressamente consentirem a publicação<sup>241</sup>.

Sem prejuízo do que dispõem a Constituição e o Código de Processo Penal, vale citar o artigo 7º do Código Deontológico português, segundo o qual “o jornalista deve salvaguardar a presunção de inocência dos arguidos até a sentença transitar em julgado”. E, ainda, o artigo 8º da Lei 1/99, de 13 de janeiro, diz que “o direito de acesso às fontes de informação não abrange os processos em segredo de justiça, os documentos classificados ou protegidos ao abrigo da legislação específica, os dados pessoais que não sejam públicos dos documentos nominativos relativos a terceiros, os documentos que revelem segredo comercial, industrial ou relativo à propriedade literária, artística ou científica, bem como os documentos que sirvam de suporte a actos preparatórios de decisões legislativas ou de instrumentos de natureza contratual”.

Feito esse panorama legal, têm-se que, em Portugal, a publicidade é a regra, conforme preconizou o Iluminismo, a fim de garantir que as fases processuais fossem claras e conhecidas por todos os cidadãos, em especial pelo arguido; mas, no entanto, resta claro que limitações existem e devem ser respeitadas no intuito de preservar outros direitos fundamentais dos arguidos, em especial o da presunção de inocência.

---

<sup>239</sup> Artigo 88, n.º 2, b, do Código de Processo Penal português.

<sup>240</sup> Artigo 88, n.º 2, c, do Código de Processo Penal português.

<sup>241</sup> Artigo 88, n.º 4, do Código de Processo Penal português.

E nesse ponto, importa destacar que a lei processual penal portuguesa estabelece que mesmo os processos que não estejam sob sigilo de justiça ficam proibidos de serem reproduzidos pelos meios de comunicação até a sentença de 1ª instância, exceção feita se tiverem sido obtidos mediante certidão que mencione o 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<sup>242</sup>.

Trata-se de um excesso de zelo que merece elogios, vez que, ao mesmo tempo em que garante o acesso aos processos não cobertos pelo sigilo, condiciona a publicação da informação colhida, pelos meios de comunicação, à autorização expressa pela autoridade judiciária, medida que facilita a responsabilização por eventual violação aos direitos fundamentais do arguido, principalmente o da presunção de inocência, já que a condição se estende até a prolação da sentença, momento em que a instrução criminal é finita e o juízo de responsabilidade do agente também, o que, em tese, e em caso de condenação, permite seja a presunção de inocência relativizada (se comparada à proteção na época do flagrante), muito embora essa perca até que haja o trânsito em julgado. Mesmo assim, trata-se de medida protetiva que visa a proteger a presunção de inocência ao máximo possível, em verdadeiro exercício de otimização aplicável aos princípios, segundo os ensinamentos de ROBERT ALEXY.

Sem prejuízo do que foi dito, pairam duas questões sem resposta, a saber: como proteger os direitos fundamentais da pessoa durante o lapso temporal entre a ocorrência criminal e o início do inquérito ou do processo? Sim, por que o sigilo de justiça só tem início a partir da existência do inquérito ou do processo. Até lá, a imprensa está livre para fazer o que bem entender?

Essas questões, no entanto, serão respondidas mais adiante.

#### 4.2.1.1.2. NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LX, determina que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa de intimidade ou o interesse social o exigirem”. Sendo assim, tal qual em Portugal, a publicidade também é a regra e os atos processuais sigilosos representam a exceção. Despiciendo frisar que sigilo citado se refere a terceiros e não às partes, sem o que os atos processuais estariam eivados de nulidade.

---

<sup>242</sup> Artigo 88, n.º 2, a, do Código de Processo Penal português.

Por sua vez, o artigo 20 do Código de Processo Penal incumbe a autoridade policial de assegurar, no inquérito, o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse social.

Ocorre que, diferentemente de Portugal, no Brasil, para além dos já citados, não há outros dispositivos que pretendam disciplinar a publicidade e, conseqüentemente, o segredo de justiça. Há, entretanto, princípios constitucionais relacionados com as questões processuais e com a proteção individual do cidadão.

Nesse passo, considerando a dificuldade de implantação imediata dos princípios, os quais precisam ser otimizados até o ponto ideal de aplicação ao caso concreto, vale dizer que os conflitos entre a liberdade de imprensa e os direitos individuais dos cidadãos ficam vinculados à discricionariedade dos juízes, diante dos elementos fático-jurídicos e, desse modo, carente da proteção integral dos direitos de personalidade, máxime se considerado o vácuo legislativo no que toca ao exercício da liberdade de imprensa<sup>243</sup>.

E é aqui que os abusos midiáticos ganham espaço, uma vez que sob o argumento da imprensa ser livre – e ainda bem que assim o é, muito embora, frise-se, não seja um mandamento absoluto – legitimam-se afrontas aos direitos de personalidade daqueles que ainda não têm sua culpa formada, dado que meros investigados em um inquérito (senão presos provisórios), mas que rendem muito lucro às empresas midiáticas, que muitas vezes nivelam as pessoas a simples objetos necessários ao sucesso de reportagem, em frontal violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, como já se demonstrou.

Nesse sentido, a despeito de existirem situações em que os atos processuais ficam restritos às partes, por conta do segredo de justiça, essa não é a regra, de modo que a imprensa sensacionalista dispõe de um largo campo de trabalho, máxime se considerada a vaidade dos atores anônimos da justiça penal, de modo que o acompanhamento completo do caso criminal se torna desinteressante do ponto de vista financeiro, bastando a divulgação inicial da notícia e, principalmente, das imagens colhidas no calor dos acontecimentos.

Em outras palavras, “não é o julgamento que atrai os *media*, é, antes e sobretudo, o inquérito que desperta as atenções e produz títulos em letras garrafais. É a

---

<sup>243</sup> Ver crítica completa em 4.1. deste trabalho.

zona de sombra do processo que os mediadores entre a justiça e o público, os jornalistas, entram sem estarem autorizados e desvendam segredos mal guardados”<sup>244</sup>.

Convém, bem por isso, investigar um pouco mais sobre a imprensa e seus métodos de trabalho, sob pena de se admitir uma conclusão prematura.

---

<sup>s244</sup> FERNANDES, José Manuel de Matos. *Op. cit.*, p. 12-13 *Apud* SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. *Op. cit.*, p. 89.

## 5. ESTILOS JORNALÍSTICOS

Partindo-se da premissa de que “a mídia (e seus órgãos) sedimentou a sua posição central e proeminente em relação à sociedade, na medida em que se legitimou como instância difusora de informação sobre o mundo, o país, os arredores e o local onde habitavam – e habitam – os seus consumidores ou usuários (leitores, ouvintes e telespectadores)”<sup>245</sup>, conclui-se que “hoje, a mídia, como instituição fundamental ao exercício pleno da democracia, goza de credibilidade e confiança aos olhos da população à qual deve servir”<sup>246</sup>.

Nesse sentido, força é convir que a mesma população reúne vários públicos diferentes, uns mais exigentes e esclarecidos, outros nem tanto. Conforme já apontado, nesse contexto, o vocábulo *público* é sinônimo de consumidor, de modo que a população reúne vários tipos de consumidores.

Bem por isso, os *estabelecimentos* que se propõem a fornecer os *produtos* também variam de acordo com o grupo de consumidores que pretendem atender. No segmento jornalístico não é diferente, máxime quando pesquisas demonstram que as pessoas passam, em média, mais de 7 horas por dia em frente à televisão<sup>247</sup>.

Por terem relação com o crime, dois estilos serão trazidos à baila, a saber, o investigativo e o policialesco.

### 5.1. JORNALISMO INVESTIGATIVO

Para JUAN JORGE FAUNDES, o objeto do jornalismo investigativo é a informação oculta, reservada e/ou secreta<sup>248</sup>. Por essa ótica, o jornalismo investigativo cumpre a função de ajudar os cidadãos a participar das decisões que afetam suas vidas, traduzindo e transformando as informações em um resumo da realidade que os rodeia, em linguagem compreensível<sup>249</sup>.

---

<sup>245</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídi@ e Poder Judiciário*. A influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 103.

<sup>246</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>247</sup> “O professor Raúl Cervini relata que, ‘según una encuesta del semanario *Time*, los norteamericanos dedican a ver la televisión por término médio de 7 horas y 30 minutos al día (Time 12-6-2000)’ (Idem, p. 106).

<sup>248</sup> *Ética y contexto del periodismo de investigación*. Sala de Prensa – Web para profesionales de la comunicación iberoamericanos, año IV, vol. 2, n.º 43, mai., 2002, p. 1. *Apud* ANDRADE, Fábio Martins de. *Op. cit.*, p. 85.

<sup>249</sup> KLEIN, Darío. *El papel del periodismo de investigación en la sociedad democrática (I)*. Sala de Prensa - Web para profesionales de la comunicación iberoamericanos, año III, vol. 2, n.º 29, mar., 2001, p. 5 *Apud* ANDRADE, Fábio Martins de. *Op. cit.*, p. 85

Dito de outra forma, ainda segundo FAUNDES, o jornalismo investigativo, “norteado pelo papel transformador que cabe ao jornalista como peça-chave do ambiente democrático”<sup>250</sup>, busca e difunde informações que grupos de pressão têm interesse em manter escondidas<sup>251</sup>.

E esse ambiente democrático só é possível quando o jornalismo prima pela ética, caso contrário, o processo de crescimento é inverso e o resultado se traduz na sedimentação de uma cultura antidemocrática, cada vez mais egocêntrica, e que insiste em desnutrir a compaixão pelo *outro*, fato que, inclusive, se insurge contra a própria natureza gregária do ser humano.

Vale dizer que desde que trabalhe em consonância com os ditames constitucionais, especialmente respeitando a dignidade inerente ao ser humano, o jornalismo investigativo é saudável ao Estado de Direito, sendo certo que, não raras vezes, colabora no deslinde de casos de máfias, corrupção etc.

## 5.2. JORNALISMO POLICIALESCO OU *DATENESCO*<sup>252</sup>

O jornalismo policialesco, ao contrário do investigativo, não se presta a iluminar aquilo que é camuflado pelos interesses dos grupos de pressão, de modo a trazer à tona fatos importantes, maliciosamente escondidos.

Referida atividade não tem o ânimo de solucionar problemas sociais. Trata-se, em verdade, da simples exploração de imagens de casos criminais e de entrevistas com os personagens envolvidos: policiais; advogados; juízes; membros do Ministério Público, e claro, o arguido, máxime se este estiver algemado, sujo ou em qualquer outra situação de vulnerabilidade.

O apresentador do programa de televisão acompanha as ocorrências policiais, muitas vezes ao vivo, e se aventura a comentá-las, sem o menor conhecimento jurídico, a despeito de ter no palco um convidado da área penal que dispõe de pequeno tempo para responder questões complexas formuladas pelo apresentador.

Em outras palavras, trata-se de um jornalismo de denúncias que se limita a dramatizar ocorrências policiais, em busca de lucro e sem qualquer responsabilidade ou pretensão de solucionar a questão.

---

<sup>250</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. *Op. cit.*, p. 85.

<sup>251</sup> *Op. cit.*, p. 1. *Apud* ibidem.

<sup>252</sup> Relativo a José Luiz Datena, apresentador de um clássico programa com formato jornalístico, transmitido diariamente pela Rede Bandeirantes de Televisão. O referido apresentador inovou o estilo jornalístico de Luiz Carlos Alborghetti e influenciou vários outros programas e apresentadores, seja pela aparência física, seja pelos bordões etc.

Não se pode olvidar que as empresas da mídia visam ao lucro e o jornalismo policialesco, diferentemente do investigativo, é barato de ser produzido e rende bons e rápidos retornos financeiros.

Esse tipo de entretenimento desvela-se em uma “atividade extremamente competitiva, acirrando a concorrência entre os diversos órgãos de imprensa. (...) Entretanto, a nova praxe jornalística revela-se por demais perigosa: a imprensa atravessa o limite sensível que separa a competitividade da agressividade e muitas vezes transforma suposições ou indícios em verdades absolutas. Há risco de que, no lugar do espírito crítico, estabeleça-se o jornalismo critiqueiro – no qual todas as denúncias, mesmo sem fundamentação, acabam encontrando vazão. Essa praxe vem se tornando conhecida como ‘denuncismo’<sup>253</sup> ou jornalismo datenesco – fazendo referência ao adjetivo dado ao poeta italiano DANTE ALIGHIERI, quem, na obra *Divina Commedia*, se presta a descrever cenas do inferno.

Esa modalidade de jornalismo, que descreve as cenas policiais mais violentas, além de não atender sua função social (vez que não se presta a informar), viola os direitos fundamentais do arguido, alarma os telespectadores, não resolve o problema e alimenta a política do medo.

Segundo “EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ‘os meios de comunicação social de massa, especialmente a televisão, são hoje elementos indispensáveis para o exercício de poder de todo o sistema penal’. A participação da mídia ocorre fundamentalmente em dois níveis, integrados entre si. Em ambos os casos, ‘os meios de comunicação de massa são os grandes criadores da ilusão dos sistemas penais (...)’. Em um primeiro momento, ‘em nível transnacional, os meios de comunicação de massas ocupam-se da precoce introjeção do modelo penal como um pretense modelo de solução dos conflitos através da comunicação de diversão, isto é, justamente através da introjeção que parece mais inofensiva’. Depois, ‘em nível das conjunturas nacionais, os meios de comunicação de massa têm a função de gerar a ilusão da eficácia do sistema, fazendo com que apenas a ameaça de morte violenta por ladrões ou de violação por quadrilhas integradas sejam percebidos como perigo’<sup>254</sup>.

Ainda pela visão de ZAFFARONI, citada por FÁBIO MARTINS DE ANDRADE, se por um lado “o material transnacionalizado (as séries policiais) cria demandas de papel dirigidas aos membros das agências penais nacionais que nada têm a ver com os

---

<sup>253</sup> RIBEIRO, Alex. *Op. cit.*, p. 160.

<sup>254</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. *Op. cit.*, p. 109.

requerimentos nacionais (os funcionários devem comportar-se como os personagens das séries)’. De outro, ‘os seriados glorificam o violento, o esperto e o que aniquila o mau. A solução do conflito através da supressão do mau é o modelo que se introjeta nos planos psíquicos mais profundos, pois são recebidos em etapas muito precoces da vida psíquica das pessoas’. Como se não bastasse, ‘o desprezo que os seriados dos últimos anos demonstram pela vida humana, pela dignidade das pessoas e pelas garantias individuais não é simples produto do acaso, mas uma propaganda em favor do reforço do poder e do controle social verticalizado-militarizado de toda a sociedade’<sup>255</sup>.

E continua, advertindo que “outra função importante em nível nacional, embora com certa cooperação transnacional, é a fabricação dos ‘esteriótipos do criminoso’. Através disso, ‘o sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com esteriótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa’. Invariavelmente, ‘estes esteriótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, etc)’<sup>256</sup>.

Com essa estratégia, o medo se instala na mente dos cidadãos, vez que a sensação é de um ataque iminente e, bem por isso, é preciso se proteger com a maior quantidade de defesas possível, o que, em última análise, legitima arbitrariedades por parte dos agentes do Estado, máxime pelos policiais, tudo sob o argumento de se defender os *cidadãos de bem* contra *os do mau*, separação que, frise-se, é simplista e maniqueísta.

### 5.2.1. A EXPOSIÇÃO DO SUSPEITO NA MÍDIA

Os meios de comunicação de massa, de um modo geral, mas em especial os televisivos, têm estado presentes na análise de casos criminais, muitas vezes influenciando as políticas públicas, quando não as leis penais.

JOSÉ DE FARIA COSTA, diz que “na verdade, a apreensão global e integrada do fenómeno criminal, tornou-se, nos últimos tempos, não só em objecto privilegiado dos meios de comunicação social, mas, indesmentivelmente, transformou-se em seu objecto de culto. (...) Em primeiro lugar, deve, desde logo, sublinhar-se o facto de que o

---

<sup>255</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>256</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. *Op. cit.*, p. 109-110. No mesmo sentido, Nilo Batista (Comunicação e crime. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 134-135).

fenómeno social crime desencadeia pulsões e mecanismos de sublimação que a comunicação se limita a aproveitar, quando não a exacerbar. Nesta perspectiva, o crime – concretização da transgressão – representa a notícia por antonomásia. E por quê? Porque é apelativo, suscita reacções imediatas de repulsa e adesão, deixa espaços para processo de transferência, tem personagens cómicas, dramáticas ou trágicas e o seu *iter* pela justiça penal constrói um arco de tempo longo, longuíssimo. O que permite, no que se refere a este último aspecto, que os *media* – cujos actos têm o tempo de vida do efêmero, mas não os seus efeitos – os possam tratar retalhadamente ao longo do tempo”<sup>257</sup>.

Nesse sentido, de telejornais a programas de culinária, o que não falta é apresentador que se aventura a comentar os casos trazidos pelos vaidosos atores do *mundo* penal, até então anônimos. Em troca de um protagonismo instantâneo – e efêmero, frise-se – capaz de cativar até a menor das vaidades, advogados, magistrados, membros do Ministério Público e policiais, cada um em defesa da própria promoção dá sua versão dos fatos<sup>258</sup>, que, em seguida, é interpretada pelos apresentadores encarregados de manter o nível da audiência no máximo possível, sob pena de desemprego.

Despiciendo dizer o quanto esse tipo de jornalismo é capaz de influenciar os telespectadores, influência essa que, não raras vezes, desperta a sensação de insegurança, em decorrência do tratamento sensacionalista que acompanha a notícia criminal, sem falar no impacto que representa sobre os poderes públicos<sup>259</sup>.

Muito embora as informações veiculadas sejam verdadeiras<sup>260</sup>, em sua maioria transmitidas ao vivo, o problema reside na qualidade dessa informação, já que os

---

<sup>257</sup> *Direito Penal da Comunicação*: alguns escritos. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p.131-132.

<sup>258</sup> Paula Sibilia, faz referência ao *show do eu*, ao se referir à vontade incontrolável das pessoas em protagonizar episódios. E, para tanto, se expõe, prescindem de sua privacidade e, especialmente nos casos criminais, falam o que não devem ou não têm certeza, tudo a fim de firmarem suas imagens como importantes para a resolução do caso, o que, em outras palavras, significa uma autopromoção, (no artigo El eclipse de la interioridad moderna y la búsqueda de una felicidad espectacular. *La vida que viene*. Desafios, enigmas, cambio y repetición después de la crisis. Madrid: Oficina de Arte y Ediciones S. L., 2011, p. 87-106).

<sup>259</sup> Em tradução livre, “já é lugar comum entre os militantes penais a influências que os meios de comunicação exercem sobre os poderes públicos e, em especial, sobre o Poder Legislativo, mediante um determinado tratamento dos temas penais” (GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA, Joan; REBOLLO, Rafael; BAUCCELLS, Joan; PERES-NETO, Luiz. *Malas Noticias. Medios de Comunicación, Política Criminal y Garantías Penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 11 *Apud* VARONA GÓMEZ, Daniel. Medios de comunicación y punitivismo. *InDret – Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, Jan., 2011, p. 2.

<sup>260</sup> “Esse conceito de veracidade, entretanto, não é absoluto, pois não se exige que os atos ou expressões contidos na informação sejam rigorosamente verdadeiros. O que se impõe ao jornalista é que se pautar por específico dever de diligência na comprovação razoável da veracidade da notícia veiculada, no sentido que a informação obtida e difundida seja digna da proteção constitucional, mesmo que a sua total exatidão seja contraditada, ou ainda que incorra em erros circunstanciais que não afetem a essência do noticiado, eis que as condições fáticas em que se exerce a atividade jornalística se apresentam pouco favoráveis a uma investigação exaustiva dos fatos” (SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. *Op. cit.*, p. 40-41). No mesmo sentido, MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de expressão:

apresentadores são leigos, juridicamente. De toda sorte, o cerne da questão não está apenas na ignorância técnico-jurídica, mas também e principalmente, na dramatização – e, porque não dizer, na novelização – da notícia criminal, fenômeno que impulsiona um clamor punitivista diretamente ligado às técnicas e interesses implícitos nesse tipo de jornalismo.

Como já dito anteriormente, as empresas midiáticas são privadas e visam lucros, fatores consideravelmente importantes quando se pesquisa seus métodos de trabalho.

Na busca pela satisfação do interesse financeiro, surgem duas grandes questões, a primeira circunda a necessidade de se estabelecer uma agenda temática de trabalho e a segunda questão fixa-se no modo como esses temas serão canalizados até os espectadores.

#### 5.2.1.1. TEORIA DA AGENDA TEMÁTICA OU DA *AGENDA SETTING*<sup>261</sup>

A importância da agenda temática na atividade de comunicar é estudada, pelo menos, desde 1972. Na verdade, por meio dos estudos de MAXWELL MCCOMBS e DONALD SHAW a capacidade de influenciar a opinião dos cidadãos, por intermédio dos meios de comunicação, ficou em evidência. Na ocasião, o laboratório empírico foi uma campanha eleitoral. “No dito trabalho, os investigadores comprovaram que os assuntos que os eleitores consideravam prioritários eram justamente aqueles que os meios de comunicação haviam previamente selecionado e focado a informação (...)”<sup>262</sup>.

A teoria da agenda temática, no âmbito da comunicação social, consiste exatamente nisso, ou seja, na importância de selecionar os temas que serão trabalhados a fim de alcançar o lucro. Em outras palavras, trata-se do “processo em que os meios de comunicação, pela seleção, apresentação e incidência de suas notícias, determinam os temas sobre os quais o público vai falar”<sup>263</sup>.

Nesse passo e por uma ótica macrossociológica, conclui-se que após o estabelecimento dos temas que serão publicados, automaticamente se estabelecem os que não serão publicados ou, por que não, os que serão escondidos.

---

dimensões constituconais da esfera pública no sistema social. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 589.

<sup>261</sup> Para efeitos de indicação de fonte de pesquisa, este subtópico adota como base o trabalho científico de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*).

<sup>262</sup> Tradução livre a partir de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*, p. 3).

<sup>263</sup> Idem, *ibidem*.

Vale dizer que os meios de comunicação dispõem do poder de eleger os temas que serão de interesse nacional e/ou internacional – a depender da proporção que o veículo comunicativo represente – de modo que não parece razoável afirmar que essa seleção seja o simples reflexo do pensamento social<sup>264</sup>.

Trata-se, em verdade, de um exercício indutivo – senão ludibriador – que varia de acordo com a estratégia lucro-empresarial e que, quando bem trabalhado, pode ser capaz de formar opiniões em quem não as tem, sem prejuízo de modificar as de quem tem.

Seja formando ou modificando opiniões, fato é que essa influência repercute nas políticas públicas, inclusive nas criminais, sem falar quando atingem as leis penais. “Efetivamente, se aplicarmos a teoria da agenda temática no âmbito da política criminal, constataremos que os meios de comunicação, exercitando sua faculdade de fixar a agenda dos temas relevantes, podem decidir em determinado momento colocar a delinquência em geral ou determinado tipo de delinquência no centro do debate público, criando uma extraordinária pressão no poder político para que atue de determinada maneira”<sup>265</sup>.

Vista assim, a teoria da agenda temática assume uma importância sobremaneira no contexto sociopolítico, o que não necessariamente é bom para a democracia, máxime quando ausente qualquer tipo de regulamentação quanto aos critérios dessa seleção.

Na Espanha, por exemplo, uma pesquisa empírica realizada em 2004 mostrou a relação quase exata entre a atenção midiática da delinquência e a preocupação dos cidadãos pela insegurança social<sup>266</sup>, fato que consubstancia a hipótese de que a referida sensação não se deve exclusivamente a alguma experiência pessoal vivida por esses cidadãos, mas sim pela frequência com que os vários casos criminais são explorados pelos meios de comunicação<sup>267</sup>.

Esse direcionamento da atenção do espectador, somado ao grande número de reportagens veiculadas – sem dúvida – é capaz de proporcionar a falsa sensação de que

---

<sup>264</sup> Ideia extraída da obra de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*, p. 3).

<sup>265</sup> Tradução livre a partir de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*, p. 4).

<sup>266</sup> “(...) aunque no puede afirmarse que haya más delincuencia, por el contrario sí puede decirse que el interés por la misma há aumentado a juzgar por la evolución del número de noticias sobre este tema que han aparecido en esta última década (...) puede comprobarse la relación que existe entre las preocupaciones de los españoles y el contenido de las noticias aparecidas en los medios” (RECHEA ALBEROLA, Cristina; FERNÁNDEZ MOLINA, Esther; BENÍTEZ JIMÉNEZ, José. *Tendencias sociales y delincuencia*. Centro de Investigación en Criminología (Universidad de Castilla-La Mancha), num. 11, p. 64, disponível em <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf> Apud VARONA GÓMEZ, Daniel (*Op. cit.*, p. 4)

<sup>267</sup> “(...) quando se pergunta à pessoas sobre os problemas do país, não se constata uma resposta a partir do reduzido número de experiências pessoais, senão sobre o que os cidadãos têm visto ou ouvido dos meios de comunicação e de seus líderes políticos” (BECKETT, Katherine; SASSON, Theodore. *Politics of Injustice: Crime and Punishment in America*, California: Thousand Oaks, 2000, p. 127 Apud VARONA GÓMEZ, Daniel (*Op. cit.*, p. 7 - tradução livre).

há tanta criminalidade nas ruas a ponto dos jornais não terem espaço para publicar outros assuntos.

A falsa sensação que a agenda temática produz é exatamente a de transparecer ao espectador que apenas os assuntos selecionados representam os acontecimentos importantes, o que se dá a partir da premissa – também falsa – de que os jornais se limitam a transmitir os acontecimentos sem qualquer interesse, raciocínio que incuba na mente do cidadão a noção de ser a situação veiculada, a atual e a única. Em outras palavras, de tanto assistir à mesma coisa, o espectador conclui que aquela é a situação social atual – que, via de regra, retrata uma situação caótica –, de modo que passa a clamar no sentido pretendido pelo veículo informativo.

E, aqui, um parêntese se impõe. É que, como já dito, não é que as informações veiculadas a partir da seleção temática sejam falsas; pelo contrário, são verdadeiras, muitas vezes transmitidas ao vivo e que até justificam a preocupação do espectador. O problema é o modo desproporcional com que as notícias criminais são divulgadas, aliado ao tratamento novelizado aplicado a elas, o que implica uma preocupação agigantada no espectador e, nesse ponto, irreal.

Para além desse aspecto, surgem outras questões. Afinal, quem está incumbido de selecionar os temas da agenda? Quem tem o poder de determinar aquilo que será publicado e o que será esquecido? Seriam os proprietários das empresas midiáticas? Seriam os editores e os jornalistas de campo?

As respostas dessas perguntas não são fáceis, sem contar que qualquer resposta que se indique, possivelmente, não será exata. É que muitos são os fatores que influenciam a composição da agenda temática. Além disso, cada veículo forma a sua.

Um fator, no entanto, é comum a qualquer agenda temática: elas não são formadas unicamente pelos proprietários dos meios de comunicação, mas também – e principalmente – por grupos de pressão, leia-se, grupos que exercem influência financeira sobre os veículos que, frise-se, são empresas privadas que visam lucro<sup>268</sup>.

Nesse contexto, cada veículo tem seu(s) agente(s) pressionador(es) e a força da pressão é determinada pela quantidade de dinheiro injetado no veículo, seja em patrocínio, seja em propaganda, seja em qualquer outro tipo de influência financeira, de modo que é difícil precisar o perfil do agente pressionador, vez que podem ser bancos,

---

<sup>268</sup> Nesse sentido, cabe ressaltar que “a autonomia política e financeira dos órgãos da mídia ainda dependem, em grande medida, de negociações, pressões favores oficiais e oficiosos, etc” (ANDRADE, Fábio Martins de. *Op. cit.*, p. 86-87.

igrejas, empresas privadas, acionistas, concorrência midiática, partidos políticos de ideologias diversas, o próprio governo...ou todos eles juntos.

A agenda temática, pode-se dizer, tem proporção macro, vez que é feita em momento inicial e de forma abstrata. Ao mesmo tempo, é um processo dinâmico, heterogêneo e politicamente interrelacionado, vez que todos os agentes pressionadores convivem e, porque não dizer, precisam uns dos outros para sobreviverem – talvez um gregarismo empresarial.

A partir do que até aqui foi dito e por cautela, importa lembrar que os meios de comunicação acumulam duas funções no momento da formação das agendas temáticas: é um grupo de pressão, ao mesmo tempo em que disponibiliza o espaço a ser usado como *ringue* pelos outros grupos de pressão, os quais medem forças para defender seus interesses, que muitas vezes conflitam entre si.

Por essa premissa, se por um lado não se olvida o fato de que os proprietários das empresas midiáticas têm sua parcela de responsabilidade e influência na formação da agenda temática – pequena, é verdade –, por outro, força é convir que essas devem ser pesadas com ressalvas, já que outros tantos participam do referido processo *eleitoral*<sup>269</sup>.

Independentemente dos métodos empregados na eleição, fato é que, na atualidade, os casos criminais têm insistido em figurar nas posições de maior destaque das agendas temáticas. E aqui pergunta-se: seria pela facilidade e pelo baixo custo para coletar dados? Ou seria pelo fascínio sádico que os cidadãos têm pelos casos criminais, fator que se transforma em fácil e barato instrumento de manobra de opinião?

Seja qual for a causa, fato é que dessa mídia sensacionalista decorre um punitivismo exacerbado que precisa ser compreendido e minimizado.

Por primeiro, como já dito, é de se considerar que o crime tem um caráter midiático por natureza, já que desperta o interesse social pelo choque e pela curiosidade que causa, aspecto esse que faz do crime um produto capaz de render muito lucro, máxime com a globalização. “Este processo de mercantilização da informação tem sugerido, segundo os pesquisadores, que o objetivo principal dos meios de comunicação não é mais a formação de uma opinião pública crítica sobre assuntos de relevância, mas, antes de tudo, como qualquer outra empresa, o benefício econômico”<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> Ideia extraída da obra de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*, p. 11).

<sup>270</sup> Tradução livre da obra de Daniel Varona Gómez (*Idem*, p. 16).

Nesse passo, a estratégia do empresário midiático passa a ser a seguinte: converter o produto (informação) em algo interessante (dramatizado, novelizado, etc), de baixo custo e que proporcione bom retorno financeiro<sup>271</sup>.

Há de se concordar que as notícias criminais se encaixam perfeitamente nessa fórmula lucrativa. É que além de muito mais barata de captar, já que provém da polícia, a notícia criminal é mais permeável às técnicas de entretenimento do que a notícia econômica, por exemplo, fator que faz diferença na disputa por audiência/popularidade entre os veículos da comunicação social, sejam interativos ou escritos.<sup>272</sup>

Outro fator de grande relevo é a imagem. Os meios de comunicação, em especial os digitais, precisam das imagens para conseguir conquistar o interesse do espectador, afinal, uma boa história dramatizada fica muito melhor quando acompanhada por imagens para que o público possa, sem muito esforço, *apreciar o espetáculo*. Isso porque as pessoas estão cada vez mais acostumadas às facilidades que o mundo atual e globalizado proporciona.

Na era dos *smartphones*, *tablets* e tantos outros aparelhos eletrônicos multifuncionais, atividades antes trabalhosas – inclusive a interpretação dos acontecimentos – passam a ser feitas com meros toques nos ecrãs. E esse fenômeno tecnológico impõe aos meios de comunicação digital a necessidade de sempre disponibilizarem imagens junto com as notícias, sem o que o espectador perde o interesse, muitas vezes por preguiça de interpretar as palavras, isoladamente, escritas ou faladas.

Bem por isso, além dos atrativos já referidos (matéria prima barata e mais permeável às técnicas de entretenimento), as notícias criminais são inesgotáveis fontes de imagens e, portanto, bons produtos, de modo que – e adotando-se a premissa de que quanto mais negativa a notícia, mais interesse ela causa, haja vista seu potencial dramatizador –, as notícias criminais têm um espaço reservado nas agendas temáticas da mídia<sup>273</sup>.

Mas não é só. É que, escolhida a notícia e aplicado a ela o tratamento novelizador, em regra, o apresentador do programa *especializado* em casos criminais cobra providências enérgicas do Estado ante aquela ocorrência, alegando que se o crime

---

<sup>271</sup> Ideia extraída da obra de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*, p. 16).

<sup>272</sup> Ideia extraída da obra de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*, p. 16).

<sup>273</sup> JEWKES, Yvonne. *Media and Crime*. Trowbridge: Cromwell Press, 2004, p. 55-56 Apud VARONA GÓMEZ, Daniel (*Op. cit.*, p. 17).

aconteceu, o Estado não foi capaz de proteger a sociedade e, portanto, falhou em sua missão.

E aqui resta clara a participação dos grupos de pressão na formação das agendas temáticas. Afinal, colocar a criminalidade em evidência e relacioná-la com a (in)eficiência da atividade estatal é algo que interessa, por diversos motivos, a muitos grupos de poder: políticos, associações de vítimas, setores econômicos e/ou profissionais, entre outros grupos que, eventualmente, tenham interesse em atacar a credibilidade do grupo político detentor do governo<sup>274</sup>.

O governo (leia-se, políticos eleitos), por sua vez, vendo-se sob a *espada da mídia*, consciente de que é quase impossível se instar contra a opinião publicada – que se quer pública –, sem que isso implique na não renovação do mandato, reage com o uso indiscriminado do Direito Penal (seu *braço* mais forte) tanto pelos meios disponíveis ao Poder Executivo (via de regra, a polícia), quanto pela via legislativa, por meio da colaboração dos parlamentares de mesmo partido político, os quais também – vale lembrar – são detentores de mandatos eletivos e, portanto, diretamente interessados na manutenção da popularidade do governo em exercício, de modo a consubstanciarem suas futuras campanhas eleitorais. Justamente por isso, a reação precisa ser rápida, sob pena do cidadão interpretar a demora como sinônimo de ineficiência.

Eis, então, o maior dos problemas decorrentes da mídia que explora os casos criminais de forma sensacionalista: o punitivismo social que passa a legitimar a arbitrariedade policial e o surgimento de leis penais muitas vezes inconstitucionais por violação ao princípio da proporcionalidade ou a outros direitos e garantias individuais (seja direta ou indiretamente). Medidas de urgência que são admitidas pelo poder público diante da necessidade de acalmar seus cidadãos (leia-se, eleitores), inflamados pela sensação de insegurança causada pela exploração exacerbada dos casos criminais.

Sem prejuízo da dinâmica traçada, importa chamar a atenção para o *caminho* que a notícia criminal percorre, a partir da inserção na agenda temática até o punitivismo que decorre da mídia sensacionalista.

---

<sup>274</sup> Ideia extraída da obra de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*, p. 18-19).

### 5.2.1.2. A TÉCNICA DO ENQUADRAMENTO DA NOTÍCIA OU *NEWS FRAMING*<sup>275</sup>

A técnica do enquadramento é aplicada em uma segunda etapa – momento em que os meios de comunicação social já têm definidas suas agendas temáticas –, especificamente quando se interpreta a informação que resultará na notícia.

Interpretar é a capacidade humana que permite compreender algo. Para tanto, exige que o intérprete busque referências em seu arcabouço mental para comparar a informação recebida com algo já adquirido (sejam outras informações, sejam experiências antigas de vida), de modo a ser possível extrair uma conclusão daquela informação.

Como se vê, interpretação requer certo esforço mental – e por que não dizer, uma disposição para perceber, identificar e etiquetar fatos, atribuindo-lhes significado<sup>276</sup> –, que se apresenta de forma muito variada, de ser humano para ser humano, considerado o grau de instrução e de mundivivência de cada um, bem como o grau de cansaço físico, mental e psicológico no momento da interpretação, máxime quando está inserido em um cotidiano agitado, próprio do mundo globalizado.

Por conta desses fatores, a junção do fenômeno da agenda temática com a técnica do enquadramento possibilita aos meios de comunicação não só fixarem os temas de interesse social, mas ainda determinar o modo como as notícias relacionadas com aqueles temas serão interpretadas pelos cidadãos-espectadores, uma vez que proporcionam a eles os esquemas interpretativos necessários para conduzi-los ao que, vulgarmente, se denomina *clamor público*<sup>277</sup>.

Nesse sentido, são duas as atividades desenvolvidas a partir da teoria do enquadramento, a saber, a seleção e a ênfase das palavras, expressões e imagens que serão utilizadas na transmissão da notícia. O efeito do enquadramento também se vincula aos processos de atribuição de responsabilidade: crenças sobre as causas dos problemas e sobre os responsáveis por suas ocorrências<sup>278</sup>.

Dito de outra forma, a técnica do enquadramento da notícia “se baseia na ideia de que trocas sutis de palavras utilizadas para descrever uma situação podem influenciar o modo como os espectadores (audiência) interpretarão a situação”<sup>279</sup>. Mais ainda: é que

---

<sup>275</sup> Para efeitos de indicação de fonte de pesquisa, este subtópico também adota como base o trabalho científico de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*).

<sup>276</sup> VARONA GÓMEZ, Daniel. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>277</sup> Ideia extraída da obra de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*, p. 21-22).

<sup>278</sup> Idem, p. 22.

<sup>279</sup> VARONA GÓMEZ, Daniel. *Op. cit.*, p. 22.

a técnica do enquadramento é capaz de influenciar o modo como a audiência irá pensar as notícias, não por ser um assunto de destaque na agenda temática, mas sim por invocar os esquemas interpretativos que vão determinar a deglutição da informação pelos espectadores preguiçosos e negligentes com sua função de cidadão (no sentido mais profícuo do termo)<sup>280</sup>.

Em suma, a técnica do enquadramento propõe um raciocínio tal qual se observa uma fotografia ou uma obra de arte, ou seja, quando “centramos a atenção em um objeto isolando-o de seu entorno, de modo que selecionamos uma imagem, enfatizando certos aspectos e excluindo os que não nos interessam”<sup>281</sup>.

Com efeito, a depender dos interesses que influenciaram a formação da agenda temática, a técnica do enquadramento da notícia criminal se prestará a construir uma política criminal punitivista, não necessariamente compatível com a realidade social.

E com isso não se defende a ideia de que a realidade social é pura, inocente e sem criminalidade, pois isso seria muito ingênuo. No entanto, também não é verdadeira a imagem de uma sociedade absolutamente refém da criminalidade e ávida pela ação do Estado, em especial pela via do Direito Penal, como o quer o sensacionalismo dos canais midiáticos e, por consequência, os cidadãos-vítimas do fenômeno da agenda temática e da técnica do enquadramento noticioso, os quais se deixam influenciar pelas informações que recebem.

#### 5.2.1.2.1. CONSEQUÊNCIAS SUPORTADAS PELO SUSPEITO EXPOSTO AO SENSACIONALISMO PRÓPRIO DO ENQUADRAMENTO NOTICIOSO EPISÓDICO

Os meios de comunicação social, ao mesmo tempo em que noticiam casos criminais, não se preocupam em explicar as causas da delinquência. O que importa é apenas a informação da ocorrência do crime, prescindindo-se das características da vida pregressa do arguido, detalhe que impede que o espectador conheça a realidade daquele arguido.

O desconhecimento da pessoa do arguido impede que os espectadores, eventualmente, se identifiquem com ele, o que, por consequência, dá ensejo ao sadismo, vez que, no pensamento induzido do espectador, o acusado é sempre alguém diferente dele e, portanto, não merecedor de compaixão e solidariedade.

<sup>280</sup> Ideia extraída da obra de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*, p. 22).

<sup>281</sup> VARONA GÓMEZ, Daniel. *Op. cit.*, p. 22.

Embora essa noção de distanciamento não seja perceptível ao espectador, trata-se de um constante movimento de desumanização que, pouco a pouco, se perpetua na tradição social, movimento que aliena o espectador e prejudica o desenvolvimento da democracia.

O ser humano passa a desvalorizar o *outro*, passa, em suma, a se encastelar, vez que só acredita serem dignas de tratamento respeitoso as pessoas de seu círculo social (que diminui a cada dia mais), no qual o acusado – preso e algemado – objeto da reportagem, jamais fará parte, segundo o pensamento incutido pelo sensacionalismo.

E com isso, se olvida que o crime é um fenômeno social, do qual todos, sem exceção, estamos sujeitos, mas que, erroneamente, as pessoas ditas *de bem* só admitem experimentar na condição de vítima, nunca na de acusado, pensamento que cria esteriótipos, pelos quais “o delinquente em regra é um estranho, enquanto a vítima é apresentada como um ser indefeso”<sup>282</sup>.

A identificação com a vítima e o asco pelo acusado são efeitos do enquadramento noticioso episódico, pelo qual se concentra a atenção nos fatos ou indivíduos particulares<sup>283</sup>, e que, via de regra, escurece a visão geral necessária para se constatar que o acusado também é uma pessoa e que, a despeito da acusação que lhe recai, merece um tratamento digno, o que – repisa-se – não é sinônimo de complacência.

Sem embargo – e em contraponto ao enquadramento noticioso episódico – vale citar o enquadramento noticioso temático, pelo qual as notícias fazem referência ao contexto social, político ou econômico, bem como se apoiam em dados estatísticos sérios e, ainda, em comentários críticos<sup>284</sup>.

Nesse passo, é possível afirmar que enquanto os enquadramentos episódicos induzem a audiência a responsabilizar o acusado de um caso específico por todos os problemas criminais, o enquadramento temático permite ao espectador ter um pensamento crítico a ponto de restringir a responsabilização do acusado unicamente ao crime que eventualmente cometeu, sem prejuízo de atribuir a responsabilidade pelo índice de criminalidade ao poder público de um modo geral<sup>285</sup>, que, no lugar de criar políticas públicas multidisciplinares, se utiliza do Direito Penal para satisfazer o pleito

---

<sup>282</sup> VARONA GÓMEZ, Daniel. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>283</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>284</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>285</sup> *Idem*, *ibidem*.

alienado e muito punitivista do espectador-eleitor<sup>286</sup>, que tem a falsa impressão de que medidas como o aumento de penas, criação de regimes integralmente fechados de cumprimento de penas privativas de liberdade, implantação de pena de morte, diminuição de garantias processuais, entre outras, são eficazes para mudar a situação de impunidade sentida e que não é, necessariamente, exata.

Vale dizer, ainda, que o enquadramento noticioso episódico é diretamente responsável pelo tratamento coisificador aplicado ao acusado, o que, frise-se, é absolutamente inconstitucional.

Como efeito desse tratamento coisificador direcionado a um tipo de delinquência tem-se um punitivismo nada solidário em relação ao *outro*. Afinal, “a narrativa simplista e emotiva que se utiliza junto com a construção de uma tipologia determinada de delinquente, bem como a imagem de uma justiça benévola e ineficaz, tem conduzido à dispersão de toda uma série de mitos que favorecem uma determinada linha político-criminal”<sup>287</sup>, a punitivista e, porque não dizer, antidemocrática<sup>288</sup>.

Prova disso é de fácil identificação, bastando acompanhar as estatísticas policiais<sup>289</sup> que apontam para uma subida vertiginosa da criminalidade, bem como a grande quantidade de notícias criminais transmitidas pelos meios de comunicação: uma mais violenta que a outra e que se prestam unicamente a alardear, sem nada resolver, mas capaz de difundir o medo generalizado que, em última análise, legitima arbitrariedades de todas as ordens.

E aqui, sem ferir a liberdade interna de imprensa de que falam J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>290</sup>, um parêntese se impõe. É que a atividade dos meios de comunicação precisa de limites funcionais, os quais não são sinônimo de censura.

Exemplo disso é o já mencionado *Presskodex*, um sistema de autoregulação e autocontrole da imprensa alemã voltado a garantir o exercício livre da imprensa, bem

---

<sup>286</sup> “Las definiciones individuales de la delincuencia y las racionalizaciones que destacan las respuestas individuales a la delincuencia se prefieren por encima de explicaciones culturales y políticas más complejas. (...) Los medios de comunicación llevan a cabo un proceso de personalización con el fin de simplificar las historias y para darles un ‘human interest appeal’, lo qual conlleva que los sucesos sean contemplados como las acciones y reacciones de la gente. (...) La consecuencia de todo ello es que ‘los orígenes sociales de los hechos se pierden, y se asume que la motivación individual está en el origen de toda acción’ (JEWKES, Yvonne. *Op. cit.*, p. 45 *Apud* VARONA GÓMEZ, Daniel. *Op. cit.*, p. 24).

<sup>287</sup> Tradução livre da obra de Daniel Varona Gómez (*Op. cit.*, p. 27).

<sup>288</sup> “Em otras palabras, si queremos un Derecho Penal Democrático hemos de preguntarnos qué implica ‘Democracia’ en este contexto. Esta es obviamente una cuestión que desborda el presente trabajo, pero de lo que sí estoy seguro es que un Derecho Penal Democrático no es aquel que se basa en meras encuestas de opinión a ciudadanos carentes de información esencial, o que se construye a partir de la reitificación de determinado discurso, creyendo equivocadamente que es el único existente (me refiero, claro está, al discurso punitivo de determinadas víctimas – o padres de víctimas)” (VARONA GÓMEZ, Daniel. *Op. cit.*, p. 29-30).

<sup>289</sup> Cf. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Op. cit.*, p. 808-ss.

<sup>290</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. 1, 1.ed./4.ed., São Paulo: RT/Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 582.

como a proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, sem que isso seja tido como censura.

O *Presskodex* prevê, dentre outros, os seguintes princípios: “a liberdade e independência da imprensa (preâmbulo); proteger e respeitar a dignidade humana (Artigo 1); respeitar a intimidade e a privacidade (Artigo 8); realizar pesquisa aprofundada e justa (Artigo 4); separar claramente o editorial do texto dos anúncios comerciais (Artigo 7); proteger a honra (Artigo 9); evitar retrato sensacionalista da violência e da brutalidade (Artigo 11); e presunção de inocência de pessoas que estejam sob investigação (Artigo 13)”<sup>291</sup>.

Dos princípios citados, merecem destaque os previstos nos artigos 1, 8, 9, 11 e 13, respectivamente, o respeito à dignidade da pessoa humana, o respeito à intimidade e à privacidade, a proteção da honra, o não enquadramento sensacionalista da violência e da brutalidade, bem como o respeito pela presunção de inocência das pessoas que estejam sob investigação. Nesse sentido, qualquer afronta cometida por jornalistas aos princípios pactuados é submetida ao Conselho de Imprensa<sup>292</sup>.

Em Portugal, por sua vez, o exercício da mídia é regido pela Lei n.º 1/99, de 13 de janeiro (Estatuto do Jornalista), dentre outros<sup>293</sup>.

Pode-se extrair do referido dispositivo legal que “o jornalista deverá combater o sensacionalismo, isto é, o tratamento dos fatos deve ocorrer de forma sóbria e distanciada daquela linguagem caracterizada pela ausência de moderação, que busca causar impacto no receptor, envolvendo-o emocionalmente com a notícia. O jornalista deve, ainda, ‘*abster-se de formular acusações*’ sem provas e salvaguardar a presunção de inocência dos argüidos (...)”<sup>294</sup>.

Afinal, o exercício da comunicação social deve ser responsável, uma vez que toda liberdade pressupõe responsabilidade, de modo que não parece razoável o argumento de que a imposição de limites à liberdade de imprensa seja obrigatoriamente uma *mordaza*, sob pena de se admitir a transformação da referida liberdade em *arbítrio de expressão* ou, porque não, na *ditadura do atual*<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> Acórdão da ADPF n.º 130, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, p. 246-247.

<sup>292</sup> No Brasil, existe uma entidade similar denominada Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI. Em Portugal, os jornalistas “são regidos por um Código Deontológico, aprovado em uma consulta realizada com todos os profissionais inscritos e que teve o texto do projeto preliminarmente discutido e aprovado em Assembléa Geral” (SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. *Op. cit.*, p. 40).

<sup>293</sup> Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro (Lei de Imprensa); Lei n.º 4/01, de 23 de fevereiro (Lei do Rádio), e Lei n.º 31-A/98, de 14 de julho (Lei da Televisão).

<sup>294</sup> *Idem*, p. 42.

<sup>295</sup> SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. *Op. cit.*, p. 45. “Qualquer tentativa, mesmo que legítima, de limitar a liberdade de imprensa pode soar, ou a própria imprensa faz soar, parafraseando Ramón Sala, como mais uma tentativa da

Tudo isso para evitar, ao máximo, a ocorrência de violações à dignidade das pessoas investigadas pelo cometimento de algum crime, sem que isso importe no tolhimento da atividade da imprensa, o que, em outras palavras, se propõe a enfraquecer o fomento de políticas criminais antidemocráticas, bem como não incentivar criminalizações que não atendam o binômio *necessidade de tutela penal e carência dessa tutela*, de modo a evitar a perpetuação de uma tradição punitivista e sem memória<sup>296</sup>.

---

*'tirania política y sacerdotal'* em persegui-la e aprisioná-la, certamente na tentativa de ocultar dos olhos públicos determinados fatos, que em regra se apresentariam como ilegais ou, no mínimo, imorais. Diante de tal quadro, para não sentir o *'peso da mão'* dos meios de comunicação de massa, normalmente os olhos se fecham para os seus abusos, o que inegavelmente, amplia a sua liberdade e, por consequência, os seus abusos, numa roda viva" (Idem, *ibidem*).

<sup>296</sup> Sem memória porque o efeito do enquadramento noticioso episódico impossibilita às pessoas uma visão geral da situação, bem como as aliena, a ponto de se esquecer das notícias da semana passada, fenômeno que impede a construção da história de um país e, por consequência, impede que erros do passado não sejam repetidos, o que, em suma, revela-se um excelente método de manobra político-social.

## 6. O CONFLITO FUNCIONAL ENTRE A JUSTIÇA PENAL E A IMPRENSA (MÁXIME A SENSACIONALISTA)

A justiça, de um modo abrangente, é de interesse geral e há quem diga que seja coisa pública<sup>297</sup>, tamanha sua importância no contexto social. Bem por isso, os cidadãos anseiam conhecer o que se passa no lado interno dos muros do Poder Judiciário. Quanto mais pormenores melhor, em uma mistura de curiosidade com sadismo, sobretudo quando se trata da justiça penal e os casos de repercussão midiática. Nesse passo, é possível afirmar que a imprensa se encarrega de atender a referida demanda, sob o pretexto de viabilizar o direito de informar e de ser informado.

Ocorre, no entanto, que apesar da “atividade da comunicação social e da justiça se encontrarem relativamente unificadas em seu objeto, ou seja, na reconstituição da realidade, e ainda, que ambas representam valores democráticos, refletidos especialmente na liberdade de manifestação e nas garantias de cidadania, elas estão substancialmente distanciadas quanto aos seus estatutos, objetivos e métodos”<sup>298</sup>.

Nesse sentido, importa dizer que, “o modelo vertical, formal e escrito dos sistemas de justiça, como sua estrutura concentrada e fechada, opõe-se ao da comunicação social, a qual se apresenta horizontal, desprovida de formas, e oral, o que transforma tais sistemas em interlocutores precários”<sup>299</sup>.

Para além disso, não se pode olvidar que na era do *all fast*, serviços que não sejam instantâneos – ou que cheguem bem próximo disso – são tidos como obsoletos. E, nesse cenário, a diferença entre o desempenho da imprensa e o da justiça penal se alarga mais do que a dimensão do oceano que separa o Brasil de Portugal.

É que, a despeito de ambas as atividades manifestarem juízo de valor sobre um mesmo fato, enquanto a imprensa trabalha com as notícias em tempo real, a justiça penal está adstrita ao princípio do devido processo legal, de modo que cada fase processual é imprescindível, sob pena de violação a algum direito fundamental, em especial, o tão importante direito de defesa do arguido.

O problema é que os cidadãos, influenciados pelo enquadramento noticioso episódico e acostumados com a comodidade dos serviços rápidos, passam a criticar a atuação da justiça penal, principalmente quando, apesar da veiculação das cenas de uma prisão em flagrante, sobrevém uma sentença penal absolutória, ainda que fundamentada.

<sup>297</sup> SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>298</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>299</sup> *Idem*, *Ibidem*.

Desse conflito, a indignação que se instala é patente. Afinal, na opinião do cidadão leigo, a polícia sempre representa o *bem* e o preso sempre o *mal*, sendo certo que nessa disputa, o cidadão leigo acaba por validar a máxima de NICOLAU MAQUIAVEL, no sentido de que os fins justificam os meios, além de outras arbitrariedades, na certeza de que em hipótese alguma passará por situação similar, já que se autointitula um *cidadão de bem*.

E, aqui, é importante o repúdio a qualquer argumento no sentido de se flexibilizar direitos e garantias conquistados com tanto sangue derramado em tempos idos, a exemplo do período do governo da ditadura militar no Brasil, luta pela cidadania que não raras vezes não é sequer conhecida pelos mais jovens, os quais julgam prescindível a história de seu país, sem se dar conta que estão a quebrar a tradição nacional, patrimônio tão caro a um povo, sem o que se perde a sensibilidade (malícia) necessária para identificar e coibir, em tempo hábil, eventuais manobras políticas de gênese antidemocrática.

Sem prejuízo, e como reiteradamente dito, a liberdade de imprensa precisa ter seus limites fixados, sob pena de se consentir a perpetuação da cultura deformada, própria do arbítrio sensacionalista que insiste em negar dignidade àqueles que se veem na condição de suspeito ou arguido.

#### 6.1. UM EXEMPLO<sup>300</sup> (HIPOTÉTICO) DESSE CONFLITO

A notícia é de estupro. A informação vaza. Os *media* adotam a causa. Os jornais publicam o ocorrido na primeira página e em letras garrafais. Nos canais de televisão e nas estações de rádio não se noticia outro fato. Na *internet* são publicadas possíveis fotos dos abusos. Os vizinhos, amigos e conhecidos dos acusados não mais os respeitam. Todos se afastam.

A cólera toma à frente. A sociedade exige a punição imediata dos facínoras. Pressionado, o juiz criminal determina a prisão preventiva dos responsáveis. O mandado é cumprido e imediatamente são apresentados à imprensa. Expostos como animais bravios, algemados e com plaquetas numeradas, os suspeitos são filmados, fotografados e entrevistados por dezenas de repórteres de redes de televisão, jornais, revistas e estações de rádio. Negam veementemente a acusação, mas isso é natural, todos o fazem. Os execrados são encarcerados.

---

<sup>300</sup> Extraído da já citada obra de Mário Elias Soltoski Júnior (p. 133 e seguintes).

Os *media* publicam. Os jornais superam todas as tiragens e a audiência ultrapassa qualquer recorde anterior. As imagens e os nomes são lançados. A população clama pela justiça imediata. A pena deve ser executada. Incitado, um grande número de pessoas se dirige até a prisão com o objetivo de linchar os suspeitos, fazer justiça com as próprias mãos. Diante da resistência policial, não conseguem atacar a integridade física dos malfeitores.

Por medida de segurança, os suspeitos são separados. São colocados em unidades prisionais distintas. A notícia ingressa nos presídios. Os conviventes de cela ficam indignados. Os suspeitos têm suas mentes e corpos marcados. O inferno se instala em suas vidas. A opinião pública comemora.

Após pouco tempo de especulação jornalística, acaba a histeria. Tais notícias não vendem mais. Os suspeitos são esquecidos, pois a merecida condenação já foi executada pela opinião publicada. É isso o que importa. Vale dizer que a condenação referida não foi decretada por um juiz, mas sim prolatada pelos jornais, vez que tudo isso se deu na fase inquisitorial.

Passado o calor dos fatos e avançada a instrução criminal, aquilo que era óbvio aos olhos da imprensa, agora não mais o é. O inquérito conclui que os fatos não ocorreram como o noticiado. As *vítimas*, agora ouvidas por especialistas e com métodos adequados, informam a verdade sobre os fatos. Os acusados são inocentes. Absolvidos, o processo é arquivado. Os acusados foram presos, perseguidos, humilhados e julgados pela imprensa, sem qualquer prova. Foram injustiçados.

A imprensa novamente noticia, mas agora deixam de lado as letras garrafas optando por pequenas notas, no final da seção policial. Ninguém comenta. Das infindáveis horas utilizadas para o agravo, poucos segundos são separados para o desagravo.

#### 6.1.1. ANÁLISE CRÍTICA DESSE EXEMPLO

O referido relato, na verdade, não é hipotético. Trata-se de um caso emblemático<sup>301</sup> ocorrido no Brasil e que ganhou as manchetes mundiais, tanto pela hediondez divulgada inicialmente pela imprensa, quanto pela posterior constatação de afronta aos direitos fundamentais dos acusados, não condizente com o escândalo divulgado pela mídia sensacionalista.

---

<sup>301</sup> Caso da Escola Base.

No entanto, apesar de se tratar de um caso verídico, o método operacional desse tipo de jornalismo é frequente. O julgamento midiático precisa ser publicado o mais rápido possível, a fim de satisfazer a ânsia sádica e nada solidária dos espectadores. E nesse contexto, dúvidas judiciais cedem lugar à certeza midiática<sup>302</sup>.

Segundo MÁRIO ELIAS SOLTOSKI JÚNIOR, citando GIULIO ILLUMINATI, o comportamento dos *media* contribui “de maneira lesiva para a formação da opinião pública, eis que, na maioria dos casos, a imprensa intervém incisivamente no início do processo quando, pela lógica, a incerteza é maior. Com o passar do tempo, a audiência diminui e quando da sentença judicial, a notícia, por estar envelhecida passa despercebida aos olhos do público, cujo interesse e a consequente informação da imprensa têm momentos de importância opostos com os momentos da justiça”.

Enquanto para a justiça a importância dos fatos aumenta à medida que o processo avança, para a imprensa, essa importância diminui a cada dia. E é exatamente por esse motivo que os programas *especializados* em casos criminais renovam dia-a-dia as notícias veiculadas, muitas vezes até com a colaboração dos órgãos policiais, incentivados pela vaidade.

O grande problema que se instala, além do tratamento indigno tolerado pelo acusado e legitimado pela sociedade espectadora, reside no fato dos cidadãos passarem a dar mais créditos à imprensa do que à justiça. E o raciocínio é simples. É que a notícia, ainda que inexata, chega mais rápido pela via da imprensa do que pela da justiça. E essa pronta resposta acaba tendo mais aceitação nos populares, justamente pela velocidade com que a curiosidade é satisfeita, além de proporcionar a sensação de justiça<sup>303</sup>, que, nesse caso, equipara-se a uma vingança.

A mencionada inversão de credibilidade ataca diretamente a presunção de inocência do arguido, além de outros direitos fundamentais, o que prejudica sobremaneira sua convivência social, chegando ao ponto – a depender da dimensão da exploração noticiosa – de não restar alternativa senão a mudança de endereço, o que

---

<sup>302</sup> “Os *media*, diante da forma como narram os fatos, resolvem o caso criminal, não necessitando qualquer averiguação judicial para o seu desenlace. A *sentença mediática* é inapelável e transita em julgado perante a opinião pública. Qualquer decisão judicial contrária é inócua, pois não tem o condão de atingir o mesmo número de pessoas” (SOLTOSKI JÚNIOR, Mário Elias. *Op. cit.*, p. 136).

<sup>303</sup> Essa sensação de justiça em ação proporcionada pelas notícias rápidas (e rasas), preenche o “conhecido hiato existente entre o Poder Judiciário e o homem comum, funcionando como uma tentativa de ressurreição da democracia direta, isto é, como uma ilusão de acesso à verdade fática e ao julgamento público, onde prescinde toda a formalização do processo” (Idem, p. 137). Nesse sentido, Antoine Garapon (*Le gardien des promesses: le juge et la démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996, p. 82-84).

muito se aproxima da pena de banimento, que apesar de ser vedada aos tribunais oficiais<sup>304</sup>, é constantemente aplicada pelos *tribunais midiáticos*.

---

<sup>304</sup> Artigo 5º, XLVII, *d*, da Constituição do Brasil: “Não haverá penas: (...) d) de banimento; (...)”

## **7. O SEGREDO DE JUSTIÇA, COMO REGRA, DESDE O INQUÉRITO POLICIAL ATÉ A SENTENÇA DE 1ª INSTÂNCIA E A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL PELA QUEBRA INDEVIDA DESSE SIGILO: UMA PROPOSTA DEMOCRÁTICA**

### **7.1. A CIVILIZAÇÃO DO ESPETÁCULO E SUA INEVITÁVEL METAMORFOSE CULTURAL**

Estabelecido um panorama geral do problema que tem violado<sup>305</sup> – isolada ou concomitantemente – direitos e garantias fundamentais, o gregarismo humano, a compaixão pelo próximo, a criticidade social e, em última análise, a democracia, importa trazer à baila a análise de MARIO VARGAS LLOSA acerca da metamorfose do vocábulo *cultura*.

Nesse diapasão, o autor cita o pensamento de T. S. ELIOT, quem, já em 1948, professava que cultura é algo mutável e que, naquele momento, atravessava uma crise profunda, rumo à decadência<sup>306</sup>. Como se vê, a obra da década de 40 do século passado, revelou-se verdadeira premonição, uma vez que anunciava não haver “razão alguma pela qual a decadência da cultura não [pudesse] continuar e não [fosse possível] prever um tempo, de alguma duração, que [pudesse] ser considerado desprovido de cultura”<sup>307</sup>.

Premonição que, pela ótica de VARGAS LLOSA, se confirmou no século XXI, com a civilização do espetáculo, na qual “o primeiro lugar na tabela de valores vigente é ocupado pelo entretenimento, onde divertir-se, escapar do tédio, é a paixão universal”<sup>308</sup>.

E “esse ideal de vida é perfeitamente legítimo, sem dúvida. Só um puritano 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 da bisbilhotice e do escândalo”<sup>309</sup>.

Eis aqui o cerne da questão: a deformação que a civilização do espetáculo tem imposto à imprensa e, em suma, à liberdade de comunicação. Afinal, no mundo capitalista há pouco espaço para altruísmos puros e, nesse passo, vale lembrar que os

---

<sup>305</sup> Violação que se opera, ainda que de forma tácita, com o consentimento dos cidadãos da civilização do espetáculo.

<sup>306</sup> Idem, p. 11-12.

<sup>307</sup> Idem, p. 12.

<sup>308</sup> Idem, p. 29-30

<sup>309</sup> Idem, *ibidem*.

órgãos da mídia são empresas privadas que visam a lucro e, bem por isso, precisam da atenção do público para sobreviver, de modo que devem adequar-se às exigências do mercado consumidor, sob pena de falência.

Nesse sentido, força é convir que a relação lucro vs. democracia está, cada vez mais, inversamente proporcional, sendo certo que a busca pelo sucesso financeiro tem valido qualquer coisa.

Por meio da técnica da agenda temática, seguida pelo enquadramento noticioso – em especial, o episódico – os meios de comunicação se encarregam de ditar a cultura, e, nesse ponto, razão assiste a VARGAS LLOSA e T. S. ELIOT quando dizem que a decadência da cultura atingiu seu ponto alto.

É que cultura como querem os autores, não é sinônimo de conhecimento. Também “‘não é apenas a soma de diversas atividades, mas um estilo de vida’, uma maneira de ser em que as formas têm tanta importância quanto o conteúdo. O conhecimento tem a ver com a evolução da técnica e das ciências; a cultura é algo anterior ao conhecimento, uma propensão do espírito, uma sensibilidade e um cultivo da forma, que dá sentido e orientação aos conhecimentos”<sup>310</sup>.

A civilização do espetáculo prega a cultura *light*<sup>311</sup> e, desde logo, se esclarece que não se trata de uma cultura relacionada com baixas calorias e/ou estética corporal, embora mantenha relação com a leveza, a facilidade, a ligeireza, próprias da diversão. Mais do que isso. Na civilização do espetáculo tudo é *light*, a literatura, a pesquisa, a arte, o cinema e até o sexo<sup>312</sup>.

O jornalismo da civilização do espetáculo “lembra a estrutura do céu, do purgatório e do inferno da *Commedia* de DANTE, com seus círculos sobrepostos e suas rígidas simetrias e hierarquias, nas quais a divindade castiga o mal e premia o bem de acordo com uma ordem intocável”<sup>313</sup>.

Ordem que – frise-se – é irreal, tal e qual a distinção entre o bem e o mal. Mesmo assim, diante das imagens de notícias trágicas, o jornalismo sensacionalista insiste em apontar uma vítima e um responsável, sem os quais a chance de obter/manter a audiência é quase nula.

No jornalismo do espetáculo é imprescindível ilustrar a informação, de modo a torná-la de fácil compreensão ao cidadão imerso na sociedade *light*. Para o cidadão, a

---

<sup>310</sup> VARGAS LLOSA, Mario. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>311</sup> Idem, p. 31 e seguintes.

<sup>312</sup> Idem, p. 46.

<sup>313</sup> Idem, p. 14-15.

palavra do jornalista é soberana e altamente crível, características que fazem da crítica pessoal, absolutamente prescindível, até o ponto em que o ser humano se aproxima de um computador que apenas processa a informação que lhe é fornecida, sem esforço, por outra pessoa.

A longo prazo, nesse cenário, o ser humano crítico e pensante – cada vez mais preguiçoso – vai se transformando em um boneco de ventríloquo, utilizado para reproduzir as informações que seu instrumentalizador profere por meio das técnicas de ventriloquia, que, em suma, é a arte de projetar a voz sem que se abra a boca ou se mova os lábios, de maneira que o som pareça vir de uma fonte diferente do que a boca do instrumentalizador.

E o exemplo não é exagerado. Na verdade, a perpetuação da civilização do espetáculo, em especial do jornalismo sensacionalista, é capaz de transformar os cidadãos em meros reprodutores de informações alheias, como se fossem meros bonecos de ventríloquos e não mais agentes da cidadania.

Por analogia, vale dizer que, no Brasil, é possível afirmar que o jornalismo *datenesco* exerce a função de instrumentalizador das informações e, a partir das técnicas da agenda temática e do enquadramento noticioso episódico, faz com que as informações sejam projetadas nas vozes dos cidadãos, de maneira que pareçam ser frutos de suas mentes. No entanto, importa dizer que essas vozes não representam o pensamento geral da sociedade, mas sim o pensamento que grupos de interesses querem que sejam *pensados* pelos cidadãos.

Pensamento fabricado, ao qual se denomina *clamor público*. Um clamor extremamente punitivista e capaz – porque não dizer, necessário – de criar políticas criminais e alterar leis penais, sob o argumento de se exercer a democracia por meio da vontade do povo – uma vontade viciada, registre-se – ou, ainda, para se obter mais segurança<sup>314</sup>.

E, aqui, um grande e importante parêntese se impõe.

“Os tabloides de Nova York estão loucos em busca de um corretor da Bolsa que se atire no vazio do alto de algum dos imponentes arranha-céus que abrigam os grandes bancos de investimento, ídolos caídos que o furacão financeiro está transformando em cinzas”<sup>315</sup>. O autor pede que o leitor prenda a atenção na cena descrita e imagine “uma multidão de fotógrafos, de paparazzi, espreitando as alturas,

<sup>314</sup> Sobre a obsessão social por segurança: Giorgio Agamben (Como a obsessão por segurança muda a democracia. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Jan., 2014, p. 24-26).

<sup>315</sup> VARGAS LLOSA, Mario. *Op. cit.*, p. 29.

com as câmaras prontas, para captar o primeiro suicida que encarne de maneira gráfica, dramática e espetacular a hecatombe financeira que fez evaporar bilhões de dólares e mergulhou na ruínas grandes empresas e inúmeros cidadãos”<sup>316</sup>.

A citação anterior é um trecho extraído da crônica de CLAUDIO PEREZ, jornalista do *El País* enviado aos Estados Unidos, por ocasião da crise financeira de 2008, e que foi utilizada por MARIO VARGAS LLOSA, quando analisava a sociedade do espetáculo<sup>317</sup>, especificamente no ponto em que tentava entender o motivo pelo qual a sociedade passou a cultivar o espetáculo.

E a resposta vislumbrada por ele repousa no notável estímulo para a multiplicação das indústrias da diversão, promovidas pela publicidade, mãe e mestra de nossos tempos<sup>318</sup>.

A ideia de descentralizar a cultura – antes patrimônio privativo das elites – para que fosse percebida por todos os cidadãos “teve o indesejado efeito de trivializar e mediocritizar a vida cultural, em que certa facilitação formal e superficialidade de conteúdo dos produtos culturais se justificavam em razão do propósito cívico de chegar à maioria”<sup>319</sup>.

É que a alta cultura exige um esforço intelectual por parte de seu intérprete, de modo a ser compreendida em toda a sua essência, esforço que nem sempre é despendido pela maioria dos cidadãos. Por isso foi preciso relativizar a alta cultura até o ponto da cultura *light*, perceptível por todos, sem muito esforço.

E não é por outra razão que “os políticos em campanha, assim como no passado queriam ser fotografados e aparecer de braços dados com eminentes cientistas e dramaturgos, hoje procuram a adesão e o patrocínio dos cantores de rock e atores de cinema, bem como de celebridades do futebol e de outros esportes”<sup>320</sup>. Afinal, “na civilização do espetáculo, o cômico é Rei”<sup>321</sup> já que a comédia é absorvida, geralmente, sem exigir pré-requisitos.

---

<sup>316</sup> VARGAS LLOSA, Mario. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>317</sup> Embora muito próxima da utilizada por Mario Vargas Llosa (civilização do espetáculo), a expressão *sociedade do espetáculo* foi criada por Guy Debord, na obra *La Société du Spectacle* (Paris: Gallimard, Folio, 1992). No entanto, ao contrário de Vargas Llosa, Debord analisa a sociedade espetacular por um viés marxista.

<sup>318</sup> Idem, p. 31.

<sup>319</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>320</sup> Idem, p. 38.

<sup>321</sup> Idem, *ibidem*. “A presença de atores e cantores não é importante apenas nessa periferia da vida política que é a opinião pública. Alguns participam de eleições e, tal como Ronald Reagan e Arnold Schwarzenegger, chegaram a cargos tão importantes como a presidência dos Estados Unidos e o governo da Califórnia. Evidentemente, não excluo a possibilidade de atores de cinema e cantores de rock ou rap e futebolistas poderem dar estimáveis sugestões no campo das ideias, mas nego, sim, que o protagonismo político de que gozam hoje em dia tenha algo a ver com a lucidez ou inteligência. Ele deve exclusivamente à sua presença midiática e a suas aptidões histriônicas” (Idem, p. 38-39).

Na atualidade, “o intelectual desapareceu dos debates públicos, pelo menos dos que importam. É verdade que alguns ainda assinam manifestos, enviam cartas a jornais e se metem em polêmicas, mas nada disso tem repercussão séria na marcha da sociedade, cujos assuntos econômicos, institucionais e até mesmo culturais são decididos pelo poder político e administrativo e pelos chamados poderes de fato, entre os quais os intelectuais são ilustres ausentes”<sup>322</sup>. Há exceções, é verdade, “mas, entre elas, as que costumam contar – porque chegam à mídia – estão mais voltadas para a autopromoção e o exibicionismo do que para a defesa de algum princípio ou valor”<sup>323</sup>.

Como já dito, é inegável o fato de que “vivemos a primazia das imagens sobre as ideias”<sup>324</sup>. Hoje, se “privilegia o engenho em vez da inteligência, as imagens em vez das ideias, o humor em vez da sisudez, o banal em vez do profundo e o frívolo em vez do sério”<sup>325</sup>. Tanto é que qualquer um que pretenda “conservar a popularidade, [é] obrigado a dar atenção primordial ao gesto e à forma, que importam mais que valores, convicções e princípios”<sup>326</sup>.

Assim como os boneco de ventríloquos, os cidadãos do espetáculo “não têm memória; por isso também não têm remorsos nem verdadeira consciência. Vivem presos à novidade, não importa qual, contanto que seja nova. Esquecem depressa e passam sem pestanejar das cenas de morte e destruição (...)”<sup>327</sup>, quando não, a partir delas, na esperança de obter mais segurança pública, reivindicam políticas criminais e leis penais mais punitivistas que beiram a desumanidade.

Convém afirmar que “a fronteira que tradicionalmente separava o jornalismo sensacionalista e marrom foi perdendo nitidez, enchendo-se de buracos, até se evaporar em muitos casos, a tal ponto que em nossos dias é difícil estabelecer diferença nos vários meios de informação”<sup>328</sup>.

Isso “porque uma das consequências de transformar o entretenimento e a diversão em valor supremo de uma época é que, no campo da informação, isso também vai produzindo, imperceptivelmente, uma perturbação subliminar das prioridades: as notícias passam a ser importantes ou secundárias sobretudo, e às vezes exclusivamente,

---

<sup>322</sup> Idem, p. 40.

<sup>323</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>324</sup> Idem, p. 41.

<sup>325</sup> VARGAS LLOSA, Mario. *Op. cit.*, p. 41. “Os dicionários chamam de frívolo o leviano, volúvel e superficial, mas nossa época atribuiu uma conotação mais complexa a essa maneira de ser. Frivolidade consiste em ter uma tabela de valores invertida ou desequilibrada, em que a forma importa mais que o conteúdo, e a aparência, mais que a essência, em que o gesto e o descaramento – a representação – ocupam o lugar de sentimentos e ideias” (Idem, p. 44-45).

<sup>326</sup> Idem, p. 44.

<sup>327</sup> Idem, p. 45.

<sup>328</sup> Idem, p. 47.

não tanto por sua insignificação econômica, política, cultural e social, quanto por seu caráter novidadeiro, surpreendente, insólito, escandaloso e espetacular”<sup>329</sup>.

Nessa senda e “sem que isso tenha sido proposto, o jornalismo de nossos dias, acompanhando o preceito cultural imperante, procura entreter e divertir informando; assim, graças a essa sutil deformação de seus objetivos tradicionais, o resultado inevitável é fomentar uma imprensa também *light*, leve, amena, superficial e divertida que, nos casos extremos, se não tiver à mão informações dessa índole para passar, as fabricará por conta própria”<sup>330</sup>.

Por consequência, “não devemos nos surpreender se os casos mais notáveis de conquista de grandes públicos por órgãos de imprensa hoje não são alcançados pelas publicações sérias, que buscam rigor, verdade e objetividade na descrição da atualidade”. Afinal, “transformar informação em instrumento de diversão é abrir aos poucos as portas da legitimidade para aquilo que, antes, se confinava num jornalismo marginal e quase clandestino: escândalo, deslealdade, bisbilhotices, violação da privacidade, quando não – em casos piores – difamações, calúnias e notícias infundadas”<sup>331</sup>.

E, sem sombra de dúvidas, a exposição da intimidade do *outro* é uma das formas mais certeiras de divertir. “Este é um esporte que o jornalismo de nossos dias pratica sem escrúpulos, amparado no direito à liberdade de informação”<sup>332</sup>.

Trata-se, em verdade, “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 quem quer que [seja, está] 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 alijados 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”<sup>333</sup>.

---

<sup>329</sup> Idem, p. 47.

<sup>330</sup> Idem, p. 47-48.

<sup>331</sup> VARGAS LLOSA, Mario. *Op. cit.*, p. 49. No Brasil, o jornal *Notícias Populares* se encarregava de explorar notícias criminais na época em que o jornalismo sensacionalista não tinha a aceitação que hoje a civilização do espetáculo concede.

<sup>332</sup> Idem, p. 49.

<sup>333</sup> Idem, *ibidem*.

Parêntese feito, força é convir que o jornalismo *light* da civilização do espetáculo é inconstitucional, no ponto em que coisifica pessoas e, portanto, viola a dignidade da pessoa humana.

Refiro-me a uma violação geral, não só à dignidade do arguido. Afinal, segundo TOMÁS ELOY MARTÍNEZ, além do arguido, o jornalismo *datenesco* também coisifica as vítimas, na medida em que as transforma “em peças de um espetáculo que se apresenta como informação necessária, mas cuja única função é satisfazer a curiosidade perversa dos consumidores do escândalo”<sup>334</sup> e, conseqüentemente, aumenta o lucro creditado nas contas bancárias das empresas midiáticas.

Uma curiosidade que corroi a opinião pública e a democracia<sup>335</sup> na qual vivem os próprios consumidores curiosos pela dor do *outro*. Mais ainda, uma curiosidade que, a despeito de rogar pela solidariedade, de fato a aniquila quando explora a catástrofe, “todas elas, desde terremotos e maremotos até crimes em série, principalmente se neles houver agravantes de sadismo e perversões sexuais. Por isso, em nossa época, nem a imprensa mais responsável pode evitar que suas páginas se tinjam de sangue, cadáveres e pedófilos. Porque esse é um alimento mórbido exigido e reivindicado pela fome de espanto, que inconscientemente pressiona os meios de comunicação por parte do público leitor, ouvinte e espectador”<sup>336</sup>. Além do mais, mesmo com diferenças visíveis entre os estilos jornalísticos, fato é que todas as empresas da mídia precisam gerar lucro, sob pena de extinção.

Sem prejuízo, ainda que não seja possível apontar um único criador da sociedade do espetáculo, força é convir que a imprensa é um de seus mais importantes mantenedores.

E nesse ponto, MARIO VARGAS LLOSA afirma que “não está em poder do jornalismo por si só mudar a civilização do espetáculo, que ele contribuiu para forjar. Essa é uma realidade enraizada em nosso tempo, a certidão de nascimento das novas gerações, uma maneira de ser, de viver e talvez de morrer do mundo que nos coube, a nós, felizes cidadãos destes países, a quem a democracia, a liberdade, as ideias, os valores, os livros, a arte e a literatura do Ocidente ofereceram o privilégio de

---

<sup>334</sup> Idem, p. 50. Importa diferenciar a atuação do jornalismo *datenesco* e do jornalismo investigativo. Afinal, a despeito de ambos precisarem se submeter ao processo de formação da agenda temática influenciado por grupos de pressão, sob pena de não sobreviverem em uma sociedade capitalista, a forma com que aplicam a técnica do enquadramento à notícia se distingue de acordo com o comprometimento ético-profissional de cada uma, o que, em suma, firma demarcações visíveis entre um estilo jornalístico e outro.

<sup>335</sup> “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” (Idem, *ibidem*).

<sup>336</sup> VARGAS LLOSA, Mario. *Op. cit.*, p. 50.

transformar o entretenimento passageiro na inspiração suprema da vida humana e o direito de contemplar com cinismo e desdém tudo o que aborreça, preocupe e lembre que a vida não só é diversão, mas também drama, dor, mistério e frustração”<sup>337</sup>.

Por mais que na essência, a mensagem anterior seja verdadeira, não se pode admitir que, aos cidadãos da sociedade *lighth*, reste apenas o direito de contemplar com cinismo e desdém tudo o que aborrece e preocupa. Não se pode admitir que a sociedade do espetáculo seja a certidão de nascimento das gerações futuras, sem que nada seja feito para, ao menos, tentar impedir um curso tão desanimador.

Isso seria um desrespeito a todo o sangue derramado durante a luta pela sedimentação de um Estado de Direito que se submete, sobretudo, ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

E é justamente imbuído desse ânimo garantidor da dignidade da pessoa humana que o Estado deve agir. Não com o uso policial ou – como o quer o Supremo Tribunal Federal do Brasil<sup>338</sup> – com indenizações posteriores aos casos de abusos do exercício da atividade de imprensa, mas sim com uma legislação que previamente garanta aos cidadãos a condição efetiva de pessoa humana, frente à realidade do mundo globalizado.

Afinal, a avidez pelo espetáculo, própria da sociedade atual, aumentou os riscos existentes, fato que abriu o leque dos bens jurídicos e passou a exigir do Estado um exercício constante, a fim de providenciar novos meios de proteção de riscos, de modo a propiciar o convívio saudável entre a evolução das técnicas humanas – cada vez mais instantâneas, é verdade – e os próprios seres humanos, o que, em outras palavras, exige que o Estado proporcione um desenvolvimento sustentável da humanidade, sem permitir que, para isso, uma parcela dessa humanidade experimente a desumanidade da coisificação.

Para tanto, cabe ao Estado-legislador, e não ao Estado-juiz, ponderar os bens jurídicos ante os conflitos normativos, sob pena de gerar insegurança jurídica nos cidadãos<sup>339</sup>. Isso porque não é razoável que o cidadão tenha de se contentar com simbólicas indenizações, após terem tido suas dignidades violadas pelos meios de

---

<sup>337</sup> Idem, p. 51.

<sup>338</sup> No julgamento da ADPF n.º 130, explorado no 4.1 deste trabalho científico.

<sup>339</sup> Os juízes são pessoas que, mesmo comprometidos com o princípio da imparcialidade, não conseguem se desvincilhar de seus códigos de valores pessoais, fato que, aliado ao princípio do livre convencimento do juiz, pode gerar um sem número de decisões para casos similares, dependendo do arcabouço cultural do juiz encarregado de dirimir o conflito normativo do caso concreto. Bem por isso, a lei, apesar de ser produto da mente humana, não se trata de fruto da mente de um único ser humano, mas sim dos vários presentes nos plenários das Casas Legislativas de um país democrático e, nesse ponto, pressupõe-se que a lei proporcione mais segurança jurídica ao cidadão do que as várias decisões judiciais possíveis e individuais.

comunicação, máxime quando em ação o jornalismo policialesco. A disparidade de armas é notoriamente descomunal, de modo que a posterior indenização em dinheiro não é suficiente para suturar a ferida deixada na dignidade de quem foi coisificado (seja ele vítima ou arguido) para atender aos interesses financeiros do enquadramento noticioso episódico.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, ao negar vigência à Lei n.º 5.250/1967, por entender que seus termos eram incompatíveis com a Constituição vigente – e nesse ponto, há que se convir que os ministros agiram corretamente –, expressamente incumbiu os juízes de dirimirem os conflitos normativos que surgissem entre a comunicação social e os direitos fundamentais de caráter pessoal, enquanto perdurasse o vácuo legislativo que se criaria com aquela decisão da Suprema Corte do Brasil.

De lá para cá, nada foi feito pelo Poder Legislativo brasileiro no sentido de preencher a lacuna legal referida, sendo certo que, até o momento, continua sendo atribuição dos juízes a tarefa de equacionar conflitos que chegam ao Poder Judiciário. E, aqui, frise-se, *dos conflitos que chegam ao Poder Judiciário*, afinal, não se pode prescindir da cifra oculta, ou seja, dos casos que não são aforados por qualquer entrave no acesso à justiça.

Dito de forma mais simples, no Brasil, em matéria de comunicação social, não há nada além da Constituição da República. E esse é um problema a ser enfrentado, sob pena do próprio Estado legitimar arbitrariedades cometidas contra os cidadãos pelas empresas da mídia sensacionalista.

Bem por isso, considerando que o desenvolvimento das técnicas humanas enseja o surgimento de novos bens jurídicos, é dever constitucional de um Estado de Direito garantir a defesa efetiva da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, é preciso que o Poder Legislativo seja instado a preencher o vácuo legal, de modo a proporcionar segurança jurídica aos cidadãos frente aos interesses patrimoniais das empresas midiáticas.

Afinal, sem que sejam considerados formas de censura, “praticamente todas as sociedades democráticas do mundo contam com mecanismos de regulação dos meios de comunicação, especialmente daqueles que, como o rádio e a televisão, são objeto de concessões do Estado”<sup>340</sup>.

---

<sup>340</sup> MARTINS, Franklin. Lei de comunicação de massa. *Revista Carta Capital*. Ed. Esp., ano XIX, n. 781, jan., 2014, p. 55. Na Grã-Bretanha, por exemplo, no final de outubro de 2013, “a rainha Elizabeth II, com respaldo dos principais

Nos Estados Unidos, por exemplo, “a regulação se dá principalmente pela via econômica, através da proibição da chamada propriedade cruzada. Ou seja, nenhum grupo empresarial pode ser dono de televisão, rádio e jornal na mesma cidade ou estado”<sup>341</sup>. Em outros países, tais como “França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, a regulação também estabelece princípios a ser observados nas programações de rádios e tevês, como equilíbrio, imparcialidade, respeito à privacidade e à honra dos cidadãos e garantia de espaço para a cultura nacional e as produções locais”<sup>342</sup>.

Os exemplos citados e tantos outros, longe de ferirem a liberdade de imprensa, ajudam a promovê-la; no entanto, trata-se da promoção de uma mídia pautada pela ética, à qual não é permitido pelo Estado – em verdadeira defesa da dignidade da pessoa humana – coisificar pessoas para cativar o interesse do cidadão.

A mídia brasileira está carente de regulação infraconstitucional<sup>343</sup>, isso é certo. O problema é que toda vez que se ensaia um debate público para preparar uma legislação regulatória da mídia, as grandes empresas da comunicação social – que dominam o mercado informativo e que retiram dele lucros imensos – levantam-se contrariamente, sob o frágil argumento de que a regulação é sinônimo de censura, fazendo referência ao período do governo ditatorial.<sup>344</sup>

E, aqui, é bom dizer que a nada saudosa ditadura militar realmente tolhia a liberdade de imprensa, exercendo controle pesado contra todo o tipo de notícia contrária aos interesses daquele governo. O controle ditatorial sobre a imprensa foi um extremo que jamais deverá ser perseguido.

Acontece que também não é razoável perseguir o extremo oposto, qual seja, a falta de qualquer regulação ao direito fundamento da liberdade de imprensa, além do que consta na Constituição da República. É preciso que o Estado enverede esforços em busca do meio termo entre os dois extremos antidemocráticos citados.

E as empresas da mídia sabem disso, mas preferem continuar sem limite algum, por motivos óbvios. Afinal, a mínima regulação que se faça ao exercício de

---

partidos do governo e da oposição, assinou a Carta Régia estabelecendo novos mecanismos de regulação para a imprensa (...). Em meados do ano [de 2013], o Congresso do Equador aprovou por larga maioria a Lei Orgânica de Comunicação (...). No momento, o debate ganha corpo no Uruguai, depois de o presidente Pepe Mujica enviar ao Parlamento projeto de lei que visa estimular a democratização dos meios” (idem, p. 54-55).

<sup>341</sup> Idem, p. 55.

<sup>342</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>343</sup> É verdade que ainda vige o Código Brasileiro das Telecomunicações, o qual “finge reger a radiofusão” (idem). Trata-se, no entanto, de legislação de 1962, “de uma época em que não havia tevê em cores, transmissões por satélite e redes nacionais de televisão. Não responde, é claro, à espetaculares transformações tecnológicas, econômicas, culturais e mercadológicas das últimas décadas” (idem).

<sup>344</sup> No mesmo sentido: Franklin Martins (*Op. cit.*, p. 56).

imprensa irá proibir a exploração desenfreada do crime às custas da exposição desumana da(s) vítima(s) e do(s) arguido(s).

Franklin Martins<sup>345</sup> atribui essa resistência à regulação da mídia ao medo das grandes empresas da comunicação de ter de conviverem com a pluralidade, a competição e a multiplicação dos meios, uma vez que isso traria como consequência a perda de privilégios e poder.

O argumento do jornalista e ex-Ministro da Comunicação é válido; todavia, trata-se de um receio inevitável. Afinal, se na sociedade de outrora havia espaço para oligopólios midiáticos, detentores quase isolados das notícias, hoje, o desenvolvimento tecnológico proporcionou aos cidadãos um bem muito maior do que aquele até então propiciados pela mídia tradicional: a velocidade da informação.

Aquela notícia que demorava horas ou até dias para circular pela população – dado que permitia certa folga aos jornalistas, por conta do *time* maior entre a produção da notícia e a avaliação do cidadão –, hoje “mal uma notícia chega à internet, ela é avaliada. Em três tempos, pode ser qualificada, confirmada ou negada, aprofundada ou rejeitada por redes que reúnem centenas de milhares ou milhões de indivíduos”<sup>346</sup>.

E se a sociedade atual, ávida por divertimento, apresenta pontos negativos (como já exposto anteriormente), também é verdade possibilita acesso a uma estrada que há muito vem sendo evitada pelos grande impérios empresariais da mídia.

A era da acessibilidade rápida, via internet, *tablets* e *smartphones*, destruiu as fronteiras antes intransponíveis entre o produtor e o consumidor da notícia<sup>347</sup>, fato que, até para a manutenção dos patrimônios construídos pelos meios de comunicação, viabilizará o debate sobre a necessidade de regulamentação da mídia.

Bem por isso, é imprescindível que o governo do Brasil tome a iniciativa de buscar o meio termo entre o controle total e controle nenhum, a fim de criar meios regulatórios saudáveis para o exercício da liberdade de imprensa, sem que esse invada o âmbito dos direitos individuais dos cidadãos. Espera-se, contudo, que o Poder Legislativo se mobilize pelo sentimento de proporcionar o bem comum e não apenas, por pressão da base aliada do governo, com vistas a favorecer os membros da cúpula do Poder Executivo, como foi instado a fazer em meados de 2013, por ocasião do

---

<sup>345</sup> É jornalista e foi Ministro da Comunicação no segundo mandato do ex-Presidente Lula.

<sup>346</sup> MARTINS, Franklin. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>347</sup> “Se antes o tema estava restrito a especialistas, acadêmicos e organizações, atualmente ele faz parte da agenda de boa parte da sociedade” (Idem, *ibidem*).

juízo da ação penal 470, vulgarmente apelidada por *mensalão*<sup>348</sup>, quando o enquadramento aplicado às notícias do dito juízo se voltou contra importantes personagens do Partido dos Trabalhadores, ao qual a chefia do Poder Executivo é filiada.

Seja por regulação legal oriunda do Parlamento, seja por documento de autorregulação criado por instituição representativa dos profissionais da imprensa, seja por ambos em trabalho conjunto, fato é que o Brasil urge limites à atuação da imprensa sensacionalista e até da imprensa tradicional. Como já afirmado, no contexto de um Estado Democrático e Social de Direito, limites não são apenas saudáveis, mas também imprescindíveis, não havendo espaço para distorções interesseiras, no sentido de confundir limite com censura.

É preciso dar voz direta à sociedade civil nesse processo de limitação, quer por meio de audiências públicas, quer por meio de plebiscito ou referendo, mas também é necessário que o Congresso Nacional, cúpula do Poder Legislativo do Brasil, aperfeiçoe o texto final com discussões em plenário, à vista de todos os interessados.

Nas palavras de Franklin Martins, “lucraria o País se esse desafio fosse enfrentado num ambiente isento de manipulações e preconceitos. Quanto menos retórica e mais espírito público, melhor”<sup>349</sup>. Segundo o jornalista, “o ideal é que o debate se dê em cima de um terreno comum, aceito, acatado e respeitado por todos os brasileiros: a Constituição da República Federativa do Brasil”<sup>350</sup>.

Dito isso, enquanto o Poder Legislativo do Brasil se mantém inerte no que toca a resolver a questão regulatória da mídia, afrontas à dignidade da pessoa humana continuam a ocorrer quotidianamente, por conta da atuação do jornalismo *datenesco* que se agiganta, fato que não tem sido neutralizado pelas indenizações cíveis arbitradas pelo Poder Judiciário, não se podendo olvidar da também crescente cifra oculta.

Nesse diapasão, serão propostas duas inovações à legislação brasileira, no intuito de minimizar a vulnerabilidade da dignidade dos cidadãos:

a) A primeira proposta é de caráter processual penal, no sentido de que lei infraconstitucional estabeleça, como regra, o segredo de justiça desde a instauração do

---

<sup>348</sup> <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/a-regulacao-da-midia-que-o-pt-quer-e-censura/>, disponível em 28.1.14; <http://www1.folha.uol.com.br/poder/970863-senadores-criticam-proposta-de-regulamentacao-da-midia.shtml>, disponível em 28.1.14; <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/pt-aprova-texto-preliminar-com-proposta-de-regulacao-da-midia,133dcc00a90ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>, disponível em 28.1.14; <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,oab-e-oposicao-criticam-proposta-do-pt-para-regulacao-da-midia,768810,0.htm>, disponível em 28.1.14.

<sup>349</sup> MARTINS, Franklin. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>350</sup> Idem, *ibidem*.

inquérito policial até a proclamação da sentença de 1ª instância. Dentre as razões que dão substância à proposta, destaca-se o exercício de ponderação que o legislador precisará fazer entre o direito fundamental da comunicação social e os direitos fundamentais individuais, na busca pelo ponto máximo de aplicação de cada um deles, sem tolher qualquer um que seja, o que não significa não limitar um mais do que o outro, em momentos diversos.

b) A segunda proposta tem caráter penal e estabelecerá os preceitos primário e secundário de um tipo penal que pretende, de forma geral, prevenir a obstrução do segredo de justiça, sem prejudicar o da comunicação social.

Como se vê, ambas as propostas se prestam a minimizar a coisificação do ser humano pela mídia sensacionalista que, a cada dia, ganha mais espaço na civilização do espetáculo, a despeito de transformar em ficção, para quem assiste, a imagem da realidade de quem protagoniza a cena, por mais catastrófica que seja.

## 7.2. PROPOSTA LEGISLATIVA DE CARÁTER PROCESSUAL PENAL

Na sociedade atual, em que “os valores se liquefazem: perdem os seus referenciais e se mostram fluidos e flexíveis”<sup>351</sup>, os conflitos normativos são cada vez mais frequentes, máxime se considerada a possibilidade do surgimento de novos bens jurídicos, que, conforme já se destacou, hoje é realidade absolutamente recorrente no mundo, tendo em vista o hiperdesenvolvimento das técnicas humanas.

E não é absurdo dizer que “a moderna sociedade de massas das democracias ocidentais, ela própria um produto da idade da técnica, revela características (*Züge*) que, embora em termos diferentes dos do totalitarismo, podem facilmente redundar em abusos dos seus meios técnicos, à custa da esfera individual dos seus membros”<sup>352</sup>.

No caso do Brasil, a falta de legislação infraconstitucional voltada a regulamentar o exercício da imprensa é um fator capaz de gerar constantes conflitos entre o direito da comunicação social e os direitos individuais do cidadão.

Até aqui, nenhuma novidade. Ocorre, no entanto, que o referido conflito normativo ganha espaço na medida em que, para além de não haver nenhuma regulamentação do exercício da liberdade de imprensa, ainda, e principalmente, a

---

<sup>351</sup> FRANCO, Alberto Silva. Aborto: um tema recorrente. *Escritos transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal*: homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Ed. Revan. No prelo, com lançamento previsto para 30 de abril de 2014.

<sup>352</sup> GALLAS *Apud* COSTA ANDRADE, Manuel da. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*..., p. 27.

maioria dos juízes não decreta o segredo de justiça nos processos com repercussão na mídia, de modo a proteger os direitos individuais dos cidadãos que figuram como arguidos nos inquéritos ou ações penais.

No Brasil, vale dizer, a publicidade dos atos processuais é a regra, enquanto o segredo de justiça é a exceção, a qual se justifica apenas para proteger a intimidade ou quando o interesse social assim o exigir<sup>353</sup>.

Dito de outra forma, tal como consta na Constituição, o segredo de justiça é discricionário, ou seja, depende de decisão judicial que o determine, sem o que o processo é público.

Nos casos de Direito de Família, por exemplo, o funcionamento é diferente: o segredo de justiça é a regra. É que o legislador infraconstitucional entendeu que as peculiaridades e a natureza dos interesses tutelados por aquele ramo do Direito se enquadravam na exceção constitucional, tendo, por isso, transformado a exceção constitucional em regra infraconstitucional.

O Código de Processo Civil foi alterado, no sentido de determinar expressamente no artigo 155<sup>354</sup> que o segredo de justiça deve ser aplicado como regra nos casos descritos em rol não taxativo do mencionado dispositivo.

Com a referida alteração, a discricionariedade original do juiz cede espaço para o ato vinculado, qual seja, a obrigação de zelar para que os atos processuais das ações afetas ao Direito de Família só sejam conhecidos pelas partes e seus procuradores, além do Ministério Público e serventuários da Justiça, entes que, obrigatoriamente, têm contato com os autos.

E é justamente esse o cerne da presente proposta legislativa: o segredo de justiça como regra, por imposição legal, também em âmbito penal. Isso em razão de três fatores preponderantes que vulneram a intimidade dos cidadãos: a) a posição de destaque dos casos criminais nas agendas temáticas dos meios de comunicação; b) a falta de regulamentação do exercício da liberdade de imprensa; c) a vulnerabilidade da dignidade da pessoa humana, frente aos motivos *a* e *b*.

---

<sup>353</sup> Artigo 5º, LX, da Constituição do Brasil.

<sup>354</sup> “Artigo 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I – em que o exigir o interesse público;

II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único: O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite”.

A reunião de tais fatores evidencia a necessidade da relativização da publicidade no processo penal, a fim de garantir o maior alcance possível ao direito de presunção de inocência do arguido, o que, em última análise, é de interesse público, na medida em que o Estado deve se utilizar dos instrumentos legais para dar maior efetividade às garantias previstas em sua Constituição.

Demonstrado o respaldo constitucional da proposta, especificamente no inciso LX, do artigo 5º, nunca é demais retomar o argumento de que nenhum princípio constitucional é absoluto no contexto de um Estado Democrático de Direito.

No caso específico dos princípios, inclusive, não há se falar em sobreposição, ou seja, não existe hierarquia entre eles. O que acontece – e acaba sendo um diferencial no exercício de ponderação – é que os “princípios contêm normalmente maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante e indicam uma determinada direção a seguir”<sup>355</sup>, conforme, em momento anterior, já se teve a oportunidade de estudar a partir das teorias de resolução de conflitos normativos<sup>356</sup>.

Em uma rápida recaptulação, diante de um conflito de categoria pura, ou seja, entre dois princípios, como acontece entre a liberdade de imprensa e a presunção de inocência, não é possível dirimi-lo com a simples declaração de validade de um ou outro princípio. Esse exercício de declaração de validade é próprio dos conflitos que, embora também sejam puros, envolvem somente regras<sup>357</sup>.

Não funciona assim com princípios. Na verdade, é exigida maior dedicação dos incumbidos de dirimir esse tipo de conflito normativo. Afinal, os princípios têm pesos, e pesos diferentes, fato que impõe a necessidade de ponderá-los, desde a dimensão *prima facie*<sup>358</sup> de cada um, até que atinjam os respectivos pontos de otimização. Só assim – definidos os mandamentos de otimização<sup>359</sup> – o conflito pode ser dirimido.

Nesse cenário, uma coisa é certa, nunca um princípio poderá ser tolhido. O que não significa que um não prevaleça sobre o outro em momentos distintos. Dirimido o conflito entre princípios, sempre haverá, de forma alternada, um cedente e um cedido.

Importa lembrar, porém, que são os elementos fático-jurídicos que determinam qual princípio prevalece sobre outro e em qual momento há a inversão dessa prevalência.

---

<sup>355</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação a aplicação da Constituição*. 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 355.

<sup>356</sup> Ver item 4.2., I, c.1.2.

<sup>357</sup> Ver item 4.2., I, c.1.1.

<sup>358</sup> Ver item 4.2., I, a.

<sup>359</sup> Ver item 4.2., I, b.

No Brasil, por conta da já comentada decisão do Supremo Tribunal Federal, nos casos criminais esse exercício de ponderação ficou a cargo de cada juiz, no âmbito de competência de suas jurisdições, o que inclui a discricionariedade para decretar ou não o segredo de justiça em cada caso concreto.

Vale dizer, sem prejuízo, que a ponderação casuística foi o meio paliativo encontrado pela Suprema Corte do Brasil, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130. Afinal, na ocasião, era preciso decidir pela compatibilidade ou não – total ou parcial – da então Lei de Imprensa e, no caso de se constatar que o referido diploma legal não tinha sido recepcionado pela Constituição vigente, era preciso definir uma forma para dirimir os conflitos normativos até que nova lei fosse incorporada no ordenamento jurídico: inovação que até hoje não ocorreu, de modo que tem cabido aos juízes determinar o peso de cada princípio, ante os elementos fáticos jurídicos de cada caso concreto.

Sem prejuízo, força é convir que a tarefa de fazer concessões recíprocas entre princípios conflitantes, de forma a não sacrificar nenhum deles por inteiro, precisa decorrer do Poder Legislativo infraconstitucional. E não se trata de uma crítica pessoal aos juízes, no sentido de que não têm competência intelectual para definir o momento de otimização de cada princípio fundamental. O fato é que em um Estado de Direito, não há segurança jurídica maior do que a proporcionada pela *Lei*, fonte do Direito que, notoriamente, se sobrepõe à jurisprudência, à doutrina e ao costume.

Nesse passo, algumas considerações são necessárias, a saber:

Considerando que a liberdade de imprensa é fundamental a uma democracia;

Considerando que o cidadão – personagem principal dessa democracia – precisa ter seus direitos individuais protegidos contra eventuais violações;

Considerando a notória desigualdade de armas entre os meios de comunicação e o cidadão, no que tange ao poder de propagação de notícias;

Considerando que tal desigualdade, no contexto de uma notícia criminal, prejudica sobremaneira o exercício da garantia da presunção de inocência, pelo arguido;

Considerando que eventual indenização ou direito de resposta não são suficientes para reparar o dano sofrido pelo arguido, ante à reprovação pelo controle social informal, ainda que da acusação sobrevenha sentença absolutória;

Considerando que tal desigualdade e seus efeitos negativos provocam um inequívoco desnível axiológico entre o princípio da liberdade de imprensa e o princípio

da presunção de inocência do arguido, quando da necessidade do exercício de ponderação.

É de se concluir, portanto, que a melhor composição entre os princípios em questão sugere a prevalência do princípio da presunção de inocência sobre o princípio da liberdade de imprensa, desde o momento da instauração de inquérito, até a prolação de sentença de primeira instância. Por conseguinte, prolatada a sentença, o princípio da liberdade de imprensa passa a prevalecer sobre a presunção de inocência.

Admitida dessa forma, a prolação da sentença de primeira instância assume posição de marco regulatório, no contexto do conflito normativo em comento. Isso porque quanto mais longe da sentença, maior a atuação do princípio da presunção de inocência em favor do arguido, ao passo que quanto mais próximo do momento da prolação da sentença, gradativamente, o exercício da liberdade de imprensa ganha mais espaço.

Raciocínio análogo foi desenvolvido pelo Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão 75, de 23 de fevereiro de 2010, quando se pronunciou sobre a constitucionalidade da alínea *e*, do artigo 1º, da Lei 16/2007, que alterou o Código Penal, no sentido de permitir a realização de aborto, por decisão da mulher, até a décima semana de gravidez.

Por questões óbvias, a analogia não tem relação com os objetos dos conflitos normativos tratados no acórdão referido, bem como neste trabalho científico. A relação reside no exercício axiológico-exegético aplicado pela Corte Constitucional para dirimir o conflito do aborto.

Nesse sentido, constou no acórdão que o entendimento de prevalência alternativa entre os princípios envolvidos teve “como característica fundamental, um *crescendo* de intensidade tuteladora, consoante o maior tempo de gravidez, compondo o que poderemos designar por um regime *trifásico*: num período inicial, a decisão é deixada à responsabilidade última da mulher; em fases subsequentes, a interrupção fica dependente de certas indicações, sendo proibida, em princípio, no último estágio de desenvolvimento do feto. Esta tutela progressiva, utilizando como critério o tempo de gestação, representa, em si mesma, uma opção básica determinada pelo intuito de harmonização dos bens em colisão”.

Com as devidas proporções e transposições ao conflito entre a liberdade de imprensa e a presunção de inocência, é de se concluir que neste conflito também é possível admitir um *crescendo* de intensidade tuteladora, consoante o curso do devido

processo legal. No caso do conflito entre a liberdade de imprensa e a presunção de inocência, no lugar de trifásico constante do acórdão 75/2010, o regime é *bifásico*: a) em um período inicial (no qual a flagrância dos fatos não permite uma conclusão minimamente formadora da culpa do arguido em relação à acusação a ele imputada), a prevalência é do princípio da presunção de inocência, situação que se estende até o juiz prolatar a sentença. Nesse momento, o juiz já teve a oportunidade de formar sua convicção acerca da culpa do arguido e, portanto, já reúne condições para julgá-lo; b) a partir daqui, a situação é invertida e a liberdade de imprensa passa a se sobrepor à presunção de inocência.

Isso não quer dizer que o jornalista fica impedido de trabalhar até o término da instrução criminal. Nesse período inicial, embora seja vedado o acesso aos autos ou a qualquer informação a ele relacionada, referida vedação tem lugar enquanto não autorizada, de modo que é possível endereçar requerimento ao juiz para solicitar certidão com informações processuais. Para tanto, é preciso justificar o interesse público, o qual jamais poderá se firmar na curiosidade social ou no dever de informar e ser informado, mas sim em algum motivo relevante e específico.

O juiz, por sua vez, se entender presente o motivo relevante necessário a justificar o deferimento de acesso às certidões informativas, deverá atentar para que tais informações não ponham em risco a intimidade do arguido e, especialmente, seus dados pessoais, de modo a evitar exposições sensacionalistas que violem sua presunção de inocência, a qual, naquele momento, deve prevalecer sobre a liberdade de imprensa.

Pela presente proposta legislativa para além da hipótese supra – que possibilita ao jornalista requerer certidões informativas, mediante demonstração do interesse público –, o juiz também fica proibido de divulgar qualquer informação processual. E não é só: afinal, o juiz, na qualidade de custodiador dos autos, ainda é o responsável por levar a cabo providências que garantam efetividade ao segredo de justiça no âmbito do serviço de apoio judicial, de modo que todas as cautelas de segurança sejam tomadas pelos funcionários do tribunal de 1ª instância, no sentido de só franquearem acesso aos autos, às partes e seus procuradores.

Sem prejuízo das peculiaridades atinentes ao juiz, a presente proposta prevê, ainda, que o dever de sigilo é extensível aos advogados, aos representantes do Ministério Público, aos peritos, aos policiais, às testemunhas, aos funcionários do tribunal e a quaisquer pessoas que, em razão de sua função, tenham contato com o

inquérito policial ou com o processo criminal. Todos, sem exceção, devem respeitar e fazer respeitar o segredo de justiça até a prolação da sentença de primeira instância.

A proposta – importa repisar – guarda plena constitucionalidade, na medida em que garante a máxima aplicação aos princípios envolvidos no conflito normativo. Afinal, se em um primeiro momento o Estado protege com mais veemência os direitos individuais do cidadão, especificamente o da presunção de inocência diante de uma acusação criminal, frente à exploração sensacionalista da mídia, por outro lado, não tolhe o direito fundamental de informar, tendo em vista que o segredo de justiça cede espaço à publicidade irrestrita após a prolação da sentença de primeira instância.

Visto por outra ótica, além do Estado proteger o cidadão de ataques midiáticos capazes de aniquilarem sua vida pessoal, em caso de improcedência da acusação a ele imputada, também proporciona, aos meios de comunicação, uma notícia mais consistente e compatível com o interesse público, uma vez que no momento da prolação da sentença, o juiz já analisou a consistência da acusação e, de forma exaurida, se convenceu da condenação ou da absolvição do arguido.

A publicidade após a sentença, além de tudo, proporcionará material de trabalho de maior qualidade ao jornalista, o qual, no desempenho de sua função social, oferecerá melhor informação ao cidadão que quiser ser informado e, em última análise, exercer sua cidadania, já que será munido com informação séria e com um mínimo de consistência. Afinal, o sistema de publicidade gradativa que se propõe também funcionará como um *funil*, uma vez que ficarão para trás os casos meramente indiciários, mas que não reuniam conjunto probatório suficiente para ensejar uma condenação criminal, o que evitará a divulgação de notícias em *estilo enxurrada*, que entope os noticiários sensacionalistas e só se presta a alarmar a sociedade, a qual tem a sensação de viver em uma guerra, quando, na verdade, a grande maioria daquelas notícias sequer geram denúncias formais e, quando isso acontece, nem sempre ensejam sentenças condenatórias.

Não obstante, de nada adianta uma alteração legislativa de cunho processual penal que imponha um dever dessa relevância, se esse não se fizer acompanhado por uma sanção em caso de desobediência e, portanto, com o advento de uma conduta ilícita.

E, se a necessidade de sanção é certa, não significa – com a mesma exatidão – que esta deva ser de caráter penal. Antes de eleger o Direito Penal como o meio adequado para coibir um ato ilícito, é preciso que o legislador observe dois elementos,

primordialmente. Por primeiro, é preciso que ele verifique se o bem jurídico tem dignidade penal<sup>360</sup> e, em caso positivo, se existe carência dessa tutela<sup>361</sup>, ou seja, se existe a necessidade dessa tutela penal.

Vale dizer, que a ausência de qualquer um dos elementos citados impede a criação de tipos penais. Trata-se de uma análise técnica e fria, pela qual se persegue a necessária presença de ambos os elementos, sem os quais não há se falar em sanção criminal.

A dignidade penal está diretamente ligada aos princípios constitucionais da subsidiariedade e da fragmentariedade, corolários do princípio da intervenção penal mínima. Nessa linha, configura dever inalienável do legislador a verificação, no campo das ilicitudes, se algum outro ramo do Direito é capaz de proteger o bem jurídico de maneira eficaz. Só assim, no caso da verificação frustrada, é possível dizer que um bem jurídico tem dignidade penal.

Nesse sentido, importa lembrar que o Direito apenas se presta a tutelar bens jurídicos, afirmação que, por certo, retira do campo protetivo do Estado a obrigação de “imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos, [bem como de] promover coativamente sua moralidade (...)”<sup>362</sup>.

Portanto, o Direito Penal tem uma função social que deve ser seguida à risca, de modo que sua finalidade principal é “dar aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura”<sup>363</sup>, premissa que, aliada ao limite imposto pelo princípio da intervenção mínima, conduz à conclusão de que “o ponto nuclear do Direito Penal está na ofensa grave a bens jurídicos, cuja proteção constitui o *modus operandi* e o eixo central da disciplina penal”<sup>364</sup>. Deste modo, força é convir que “a moral, a religião, os tabus, enquanto conceitos introjetados em nível estritamente pessoal, não são capazes de agravar nenhum bem jurídico tutelado e, portanto, são um indiferente penal”<sup>365</sup>.

---

<sup>360</sup> Correspondente à expressão alemã *Strafwürdigkeit*, cf. ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal..., p. 184.

<sup>361</sup> Correspondente à expressão alemã *Strafbedürftigkeit*, sinônima da expressão *Strafbedürfnis*. Uma elaborada arrumação classificatória, levando o apuramento categorial até a distinção entre as duas expressões sinônimas, “sempre legítima no plano lógico-analítico, induziria custos acrescidos de delimitação conceitual e não resultaria em ganhos significativos no plano da fecundidade heurística. A atualização da subdistinção conheceria, de resto, obstáculos de peso na língua portuguesa, onde não seria fácil codificar, logo a nível terminológico, a contraposição daquelas duas categorias”, cf. idem, ibidem.

<sup>362</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. 7.ed., Madrid: Trotta, 2005, p. 223.

<sup>363</sup> ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad de derecho penal? *La teoría del bien jurídico*. Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 446-448.

<sup>364</sup> FRANCO, Alberto Silva. Aborto: um tema recorrente... No prelo, com lançamento previsto para 30 de abril de 2014.

<sup>365</sup> Idem.

Sem prejuízo, resta demonstrada a dignidade penal do problema que envolve o segredo de justiça, uma vez que este é essencial para proporcionar “uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo”<sup>366</sup> imerso na civilização do espetáculo, máxime no caso do Brasil, onde a liberdade de imprensa não tem regulamentação infraconstitucional e, portanto, o cidadão fica à mercê de uma imprensa sensacionalista que faz o que bem entende<sup>367</sup>.

Para além da dignidade penal, o legislador penal ordinário deve percorrer todo o ordenamento jurídico, a fim de verificar a real necessidade da tutela penal. E, aqui, vale dizer que o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de dispor de três tipos penais sobre o dever de sigilo, nenhum destes desempenha para fins de prevenção geral a garantia necessária ao fiel cumprimento da regra do segredo de justiça proposta, dado que justifica a carência da tutela e autoriza a criação de um tipo penal.

### 7.3. PROPOSTA LEGISLATIVA DE CARÁTER PENAL

Preliminarmente, mostra-se de extrema importância frisar – com o risco de ser repetitivo – que, além de uma garantia constitucional do arguido, o processo é o instrumento pelo qual se administra a justiça de um país. Visto dessa forma, cabe ao Estado criar mecanismos capazes de dar efetividade às regras que regem o processo, de modo a incutir nos cidadãos a consciência do necessário respeito por aquele instrumento. Daí falar-se em dignidade penal, não dos instrumentos processuais, mas sim da administração da justiça, essa sim com a corpulência própria de bem jurídico.

Assim, força é convir que os institutos processuais têm dignidade penal por meio da proteção à administração da justiça. Só assim é que se admite a criação de tipos penais para coibir violações às regras do processo.

E é exatamente por isso – aliado ao fato de não haver nenhum dispositivo equivalente no ordenamento jurídico brasileiro – que a proposta de tornar regra o segredo de justiça no processo penal, insta o Estado a criminalizar a conduta de violação do segredo de justiça, o que, por via de consequência, dará efetividade à referida norma processual e, em última análise, garantirá a boa administração da justiça.

---

<sup>366</sup> ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 448.

<sup>367</sup> Nesse ponto, importa registrar ressalva, no que toca ao jornalismo investigativo, o qual, embora também opere sem regulamentação legal e esteja permeado no sistema capitalista de formação da agenda temática, se mantém comprometido com a ética profissional e os limites constitucionais, preocupação que permite o desempenho da liberdade de imprensa, sem, contudo, invadir a esfera fundamental do cidadão.

Preliminar encerrada, revela-se de bom alvitre transcrever os tipos penais do Código Penal brasileiro, aos quais se fez referência no último parágrafo do subitem anterior:

“Título I – Dos crimes contra a pessoa

(...)

Capítulo VI – Dos crimes contra a liberdade individual

(...)

Seção IV – Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos

Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.

§ 1-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública.

(...)”;

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de quem tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”;

“Título XI – Dos crimes contra a Administração Pública

Capítulo I – Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral

(...)

Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação”.

Como se vê, nenhum deles é suficientemente abrangente a ponto de dar efetividade à regra processual do segredo de justiça.

Logo de início, chama atenção o Título e Capítulo nos quais estão inseridos os artigos 153 e 154: *Crimes contra a pessoa* e *Crimes contra a liberdade individual*, respectivamente. O bem jurídico não é a administração da justiça, mas sim a liberdade individual. Só por isso, já seria possível concluir que os citados tipos não se prestam a dar efetividade à regra processual do segredo de justiça.

No campo da hipótese – e apenas por argumentação – mesmo que não houvesse incompatibilidade entre os bens jurídicos – vício primário e principal que é –, ainda assim a impossibilidade de proporcionar efetividade à regra processual em questão persistiria, uma vez que – e este é um vício secundário que se admite apenas por hipótese, frise-se – os respectivos elementos tipológicos não se coadunam com as situações fáticas que deram ensejo à proposta processual penal em comento.

Afinal, da simples leitura do artigo 153 se extrai os elementos normativos *documento particular* e *correspondência confidencial*, ou seja, o tipo do artigo 153 é especificamente dirigido aos casos que envolvem documento particular ou

correspondência confidencial, o que – em respeito ao princípio da legalidade, do qual é corolário o princípio que proíbe a aplicação da analogia *in malam partem* –, impossibilita qualquer extensão que vise a abarcar o elemento normativo *segredo de justiça*.

Por sua vez, a leitura do artigo 154 remete ao elemento normativo *segredo*, o que não necessariamente é a abreviação da expressão *segredo de justiça*. Aliás, vale dizer – e de forma categórica – não há se falar em abreviação ou sinônimo, uma vez que o termo *segredo* do artigo 154 significa “fato de conhecimento de uma pessoa ou de um número limitado de pessoas, e que não pode ser transmitido a ninguém”<sup>368</sup>. O citado *segredo*, portanto, é uma informação sigilosa relativa à vida privada de alguém, divulgada, sem justa causa, por pessoa que teve ciência daquela informação em virtude da função, ministério, ofício ou profissão que ocupa<sup>369</sup>. Já o *segredo de justiça* é um instrumento processual que visa a resguardar a privacidade de determinado(os) sujeito(s) de uma ação judicial, com o fim específico de dar efetividade a ela e, portanto, contribuir com a boa administração da justiça.

No que tange ao artigo 325 do Código Penal brasileiro, trata-se de crime próprio de funcionário público, praticado contra a administração pública. Com as devidas adaptações, valem as mesmas críticas feitas quanto aos artigos 153 e 154, no que se refere à incompatibilidade entre os bens jurídicos, além dos problemas estruturais do tipo, que, para além de não contemplar especificamente o segredo de justiça em sua esfera de proteção, também apresenta um rol taxativo de sujeitos ativos – e nesse ponto, minimalista – por conta da limitação imposta pelo bem jurídico ao qual o tipo está atrelado, a saber, a necessidade do sujeito ativo ser funcionário público e ter ciência da informação sigilosa em razão do cargo.

Com efeito, de forma detalhada, resta patente a carência de tutela penal pelo ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de coibir violações ao instituto do segredo de justiça, fator que não só autoriza, como também exige a criação de um tipo penal com tal finalidade.

Nesse sentido, como ponto de partida, apoiar-se-á no n.º 1, do tipo de violação de segredo de justiça, insculpido no artigo 371 do Código Penal português. Referido dispositivo está inserido no Capítulo III, o qual trata dos crimes contra a realização da

---

<sup>368</sup> BÁRTOLI, Márcio; PANZERI, André. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 8.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 767.

<sup>369</sup> Por exemplo, um psicólogo que divulga, dolosamente, informação revelada por um paciente, em consulta.

justiça e, portanto, categoria de bem jurídico equivalente ao da administração da justiça, como é denominado no Brasil.

Segundo consta no n.º 1, do artigo 371, *quem, independentemente de ter tomado contacto com o processo, ilegitimamente der conhecimento, no todo ou em parte, do teor de acto de processo penal que se encontre coberto por segredo de justiça, ou a cujo decurso não for permitida a assistência do público em geral, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, salvo se outra pena for cominada para o caso pela lei de processo.*

E, aqui, repisa-se, o tipo penal português deve ser admitido como ponto de partida, quando da tipificação brasileira. Isso porque, apesar das várias semelhanças, existem diferenças marcantes entre Brasil e Portugal, sejam culturais, legislativas, estruturais etc.

Nesse sentido – já delineando o tipo ideal à realidade brasileira, de forma a garantir a efetividade do segredo de justiça como regra no processo penal, desde o inquérito até a sentença –, revela-se de grande valia a primeira parte do preceito primário do tipo português, uma vez que reúne os elementos essenciais para garantir a efetividade da regra do segredo de justiça, primeiro porque a utilização do pronome *quem* amplia sobremaneira o rol de sujeitos ativos, na medida em que admite que o crime seja cometido por qualquer pessoa, inclusive a própria vítima. Além disso, os demais elementos do tipo se prestam a descrever a conduta incriminada de maneira clara e precisa, o que permite identificar a subsunção do fato ao tipo sem muita dificuldade.

No mais, admitida a aprovação da proposta do segredo de justiça, como regra no processo penal, é de se concluir que a segunda parte do preceito primário do tipo português perde o objeto, dado que não haverá ato processual esporadicamente sigiloso, pois que todo processo criminal passa a correr sob segredo de justiça e, portanto, a primeira parte do preceito primário já seria suficiente para garantir a boa administração da justiça, sem que o arguido corresse risco de ser coisificado pela mídia sensacionalista.

Sem prejuízo, a cominação de pena privativa de liberdade para o crime de violação de segredo de justiça não é recomendável, seja por ser ineficaz, seja por conta da já notória, alarmante e desumana situação do sistema prisional brasileiro. Dito de outra forma, a pena privativa de liberdade não atingiria nenhuma de suas finalidades, além de onerar o orçamento do Estado, que teria de arcar com os custos do preso.

No lugar, o Estado faria o uso autônomo da pena de multa<sup>370</sup>, observada a capacidade financeira do agente até o limite estipulado na parte geral do Código Penal e, no caso do agente ativo ser funcionário público, além da multa, ele perderia sua função, uma vez que se trata de conduta que reclama maior rigor punitivo. Afinal, se o processo é o meio pelo qual o Estado administra sua justiça e se o agente ativo do delito é o próprio representante do Estado, logo ele não pode ser funcionário do Estado, na medida em que atenta contra o instrumento necessário ao desempenho de uma das funções de maior relevância do Estado.

Admitido nesses moldes, além de compatível com a Constituição vigente no Brasil, o tipo penal se presta a proteger o bem jurídico *administração da justiça*, porque confere efetividade à regra do segredo de justiça e, em suma, garante o bom andamento do processo, ao mesmo tempo em que protege os direitos fundamentais individuais do arguido, o qual terá preservada sua dignidade, como pessoa humana.

---

<sup>370</sup> No Brasil, embora não usual, a cominação autônoma da multa é perfeitamente possível, conforme §§ 3º e 4º, do artigo 6º, da Lei 4.898/65.

## 8. CONCLUSÃO

Por sua própria natureza, o crime desperta o interesse curioso do ser humano, ao mesmo tempo em que proporciona o medo. Uma verdadeira contradição harmônica com a qual a imprensa se farta de ganhar dinheiro. Nessa linha, não se pode perder de vista que os meios de comunicação são empresas com fins lucrativos e, por uma questão de sobrevivência, seus produtos precisam gerar dinheiro, o que pode ser perigoso para a democracia, em um cenário livre de limites funcionais.

Eis o problema central desta dissertação: a ausência completa de limites infraconstitucionais ao exercício da liberdade de imprensa e os efeitos deletérios que decorrem desse vácuo legislativo, suportados pelo cidadão.

Como apresentado nos capítulos iniciais deste trabalho científico, o conflito normativo de natureza pura entre o princípio da liberdade de imprensa e os direitos fundamentais de personalidade dos cidadãos é inevitável no contexto de um Estado Democrático de Direito que, em suma, prega a liberdade.

No Brasil, esse conflito ganha dimensões estelares com o advento da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130, que, em resumo, declarou a não recepção da Lei n.º 5.250/67 pela Constituição vigente e, ante ao vácuo legislativo, de forma paliativa, avocou para ao Poder Judiciário a competência para dirimir os mencionados conflitos, a partir do juízo de ponderação feito caso a caso, tarefa absolutamente discricionária, muito embora o dever de fundamentação que vincula os juízes.

A própria Suprema Corte consignou no aresto que a decisão tinha caráter paliativo, sendo certo que não havia nenhum entrave constitucional acerca da edição de lei regulamentadora do exercício da liberdade de imprensa, o que, inclusive, ficou recomendado.

Até em respeito à representatividade, corolária do princípio democrático, constitui dever do Poder Legislativo editar, por meio de lei, os limites funcionais da imprensa. Sem prejuízo da capacidade intelectual dos juízes, força é convir, sem sombra de dúvida, que a lei proporciona mais segurança jurídica ao cidadão do que uma decisão judicial. Não à toa, a lei é fonte primária do Direito. Bem por isso, o conflito normativo entre a liberdade de imprensa e os direitos fundamentais de personalidade deve ser dirimido em nível legal, após um juízo de ponderação feito pelos representantes do povo, eleitos para tanto.

Sem prejuízo, no decorrer deste estudo também ficou demonstrada a existência de mais de um estilo jornalístico e, principalmente, as características que demarcam fronteiras entre um e outro. Em resumo, vale dizer, enquanto o jornalismo investigativo constitui atividade essencial à democracia, mesma sorte não assiste ao jornalismo policialesco, o qual desconsidera a condição humana das pessoas, na medida em que as coisifica, como instrumentos necessários para a produção de notícias e, conseqüentemente, dê lucro.

Mesmo assim, é o jornalismo policialesco que mais tem aceitação na civilização do espetáculo, justamente por sua capacidade de proporcionar diversão, nos seus mais variados tons, o que inclui o terror, modalidade de diversão consagrada pela literatura e pelo cinema<sup>371</sup>.

No entanto, embora a diversão do horror seja perfeitamente saudável nos livros e nas telas de cinema, impossível dizer o mesmo quando os papéis da ficção passam a ser interpretados pelos cidadãos, que a despeito de não serem remunerados, como os atores, ainda pagam com a própria liberdade ou privacidade para protagonizarem as cenas de terror, um terror sentido na pele e sem o auxílio de dublês.

Nesse contexto, a exposição do arguido e da vítima na mídia sensacionalista, televisiva ou impressa, constitui uma violação frontal à dignidade da pessoa humana, máxime porque essa exposição é acompanhada por vangloriosos incentivos à violência policial, por ocasião da feitura das prisões, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário é tido como ineficaz toda vez que, com arrimo em direitos e garantias fundamentais, julga de forma contrária aos reclames sensacionalistas do jornalismo *datenesco*<sup>372</sup>.

Com a finalidade de minimizar os efeitos deletérios até aqui delineados, é de se concluir que a proposta da imposição legal do segredo de justiça como regra, desde a instauração do inquérito até a sentença de primeira instância, guarda pertinência com a obrigação estatal no sentido de dar efetividade à dignidade da pessoa humana.

Por tal proposta – que pressupõe um juízo de ponderação feito em nível legislativo a fim de equacionar o conflito normativo entre a liberdade de imprensa e os direitos fundamentais de personalidade dos cidadãos – o instituto do segredo de justiça

---

<sup>371</sup> “Houve um tempo em que o horror se filia com naturalidade ao cinema brasileiro, paródico e brejeiro na chanchada, sexualizado e de conotação espírita na produção erótica da Boca do Lixo. (...) Utilizo esse entorno e os problemas que vejo para estruturar essa diversão”, diz o cineasta Rodrigo Aragão, fazendo referência ao seu modo de trabalho. Por sua vez, o também cineasta Joel Caetano diz que “se com quatro acordes se faz um bom punk-rock, com um pouco de sangue, boa história, equipamento e equipe talentosa se faz um bom filme de horror” (Todos os trechos foram extraídos de MARGARIDO, Orlando. Assustar Diverte. *Revista Carta Capital*, ano XX, n. 784, jan., 2014, p. 57-58.

<sup>372</sup> Pormenores em 5.2.

adquire especial importância na tarefa de garantir a maior extensão possível aos princípios envolvidos no conflito normativo, de modo que nenhum seja tolhido, muito embora a limitação deles ocorra em momentos alternados.

Assim, da instauração do inquérito até a prolação da sentença de primeira instância, o princípio da presunção de inocência prevalece sobre o princípio da liberdade de imprensa, imprensa essa que poderá ter acesso a extratos dos atos processuais, mediante a demonstração – para um juiz – do interesse público, o qual não pode ser confundido com o direito de informar, pura e simplesmente. É preciso que haja consistência fática na indicação do interesse público, sem o que será vedado ao juiz franquear o acesso às informações processuais.

Sem prejuízo, prolatada a sentença de primeira instância, inverte-se a ordem de prevalências, de modo que, a partir daí, o princípio da liberdade de imprensa predomina sobre o princípio da presunção de inocência, o segredo de justiça retorna ao campo da discricionariedade judicial e a publicidade judicial volta a ser a regra.

Admitida, dessa forma, a possibilidade de proteção dos direitos fundamentais de personalidade do arguido é estendida, na medida em que até o momento da sentença é possível ao juiz verificar a consistência da acusação e da culpabilidade do arguido, sem que este tenha sua imagem indevidamente exposta na mídia e, eventualmente, sofra prejuízos irrecuperáveis, no âmbito do controle social informal. Ao mesmo tempo, a mídia não sofre nenhum prejuízo ao ter acesso aos autos somente após a sentença de mérito; ao contrário, aumenta a qualidade da notícia a ser divulgada, bem como economiza despesas com reportagens, já que, até ali, foram descartados os casos meramente indiciários e, portanto, o trabalho do jornalista não seria despendido por horas e horas em portas de delegacias em busca de notícias de casos que não geraram condenações.

No entanto, de nada adianta uma alteração legislativa de caráter processual penal, sem alguma coerção estatal. Nesse sentido, a segunda proposta, cuja a pertinência penal foi demonstrada no item 7.3, tem o condão de criar um tipo que coíba a violação da regra do segredo de justiça, a partir do artigo 371 do Código Penal português.

Vale dizer, a propósito, que tanto a proposta de caráter processual, quanto a de caráter penal, se incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro, terão o condão de minimizar os efeitos deletérios que decorrem do jornalismo sensacionalista da civilização do espetáculo e que piora na medida em que não tem limites impostos em nível infraconstitucional.

Isso porque se é verdade que a regra do segredo de justiça protege os direitos fundamentais do arguido do momento em que o inquérito é instaurado até o advento da sentença de mérito, também é verdade que a fase que antecede a instauração do inquérito não está acobertada pela proteção mencionada, em razão da impossibilidade jurídica de limitação do exercício da imprensa por meio de institutos processuais, sem a existência, sequer, de um instrumento de tutela<sup>373</sup>.

A despeito da cifra oculta que pode surgir a partir da vaidade dos policiais que eventualmente concedam entrevistas antes do ato formal de instauração do inquérito policial, acredita-se que as propostas sejam medidas interessantes de proteção dos bens jurídico-pessoais do arguido que se presume inocente. Ainda sobre a cifra oculta, é possível que o Estado, pela via do Poder Executivo, adote políticas públicas de acesso à justiça, no sentido de criar normas administrativas voltadas às carreiras policiais, no sentido de que seja proibido conceder entrevistas que visem expor os interesses das pessoas. Afinal, muito embora antes da instauração do inquérito não seja possível aplicar a regra do segredo de justiça, desde o momento da prisão em flagrante o cidadão fica sob a custódia do Estado, o qual – frise-se – tem o dever de garantir a efetividade de seus direitos fundamentais, sob pena de abuso de autoridade.

Por tudo isso, longe de esgotar o tema, pretende-se que este estudo contribua para a defesa de uma democracia sadia, na qual a mídia desempenhe sua função de forma livre, embora regulamentada, deixando de lado o apelo ao sensacionalismo que precisa coisificar o ser humano em busca de lucro, um artifício mesquinho e egoísta que assola a civilização do espetáculo, na medida em que, a passos largos, conduz os cidadãos à condição de objetos e, portanto, a cada passo, retira deles seu bem mais valioso: a dignidade inerente à condição de ser humano.

---

<sup>373</sup> Pense-se no exemplo de uma equipe de reportagem que se instala na porta de uma delegacia à espera de potenciais notícias criminais e que filme o momento exato em que o arguido preso é retirado da viatura.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**AGAMBEN**, Giorgio. Como a obsessão por segurança muda a democracia. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Jan., 2014

**AGUADO CORREA**, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Edersa, 1999

**ALMEIDA COSTA**, Mario Júlio de; **FIGUEIREDO MARCOS**, Rui Manuel de. *A Primeira República no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 2010

**ANDRADE**, Fábio Martins de. *Mídi@ e Poder Judiciário*. A influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

**AVILA**, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008

\_\_\_\_\_. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista de Direito Administrativo* 215, 1999

**ARNS**, Evaristo. *Brasil: nunca mais*. 16. ed., Petrópolis: Editora Vozes, 1986

**ARROYO ZAPATERO**, Luis; **BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE**. Ignacio. *Manual de Derecho Penal – parte general*. Barcelona: Praxis, 1994

**BACIGALUPO**, E. Colisión de derechos fundamentales y justificación del delito de injuria. *Revista española de derecho constitucional*, mayo/ago., 1987

**BÁRTOLI**, Márcio; **PANZERI**, André. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 8.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007

**BARROSO**, Luís Roberto. *Interpretação a aplicação da Constituição*. 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2004

**BATISTA**, Nilo. Comunicação e crime. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990

**BATTIS**, Ulrich; **GUSY**, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 4.ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999

**BAUCCELLS**, Joan; **GARCÍA ARÁN**, Mercedes; **BOTELLA**, Joan; **REBOLLO**, Rafael; **PERES-NETO**, Luiz. *Malas Noticias. Medios de Comunicación, Política Criminal y Garantías Penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009

**BECCARIA**, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães, 4. Reimpressão, São Paulo: Hemus, 1996

**BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE**, Ignacio. La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español. *BFDC*, 1989

\_\_\_\_\_ ; **ARROYO ZAPATERO**, Luis. *Manual de Derecho Penal – parte general*. Barcelona: Praxis, 1994

**BECK**, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona, Buenos Aires y Mexico: Paidós. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. 1998

**BECKETT**, Katherine; **SASSON**, Theodore. *Politics of Injustice: Crime and Punishment in America*, California: Thousand Oaks, 2000

**BENÍTEZ JIMÉNEZ**, José; **FERNÁNDEZ MOLINA**, Esther; **RECHEA ALBEROLA**, Cristina. *Tendencias sociales y delincuencia*. Centro de Investigación en Criminología (Universidad de Castilla-La Mancha), num. 11, disponível em <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf>

**BIAGI**, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005

**BITTAR**, Eduardo. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade, in A. Almeida Filho; P. Melgaré (Orgs.), *Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010

**BOTELLA**, Joan; **BAUCELLS**, Joan; **GARCÍA ARÁN**, Mercedes; **REBOLLO**, Rafael; **PERES-NETO**, Luiz. *Malas Noticias. Medios de Comunicación, Política Criminal y Garantías Penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009

**BOROWSKI**, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998

**CANOTILHO**. J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1986

\_\_\_\_\_ ; **MOREIRA**, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. 1, 1.ed./4.ed., São Paulo: RT/Coimbra: Coimbra Editora, 2007

**CARVER**, Raymond. All of us. *The Collected Poems*. Trad. de Cide Piquet, Nova York: Vintage Books, 2000

**COBO DEL ROSAL**, Manuel; **VIVES ANTÓN**, Tomás S. *Derecho Penal: parte general*. 5.ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999

**COSTA**, Domingos Barroso. Circuitos perversos: alguns apontamentos sobre os efeitos da libertinagem de imprensa. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, 234, maio, 2012

**COSTA ANDRADE**, Manuel. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 2, Vol. 1, jan./mar., 1992;

\_\_\_\_\_. *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*. Uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996

**DEBORD**, Guy. *La Société du Spectacle*. Paris: Gallimard, Folio, 1992

## **DIÁRIO DE NOTÍCIAS DE LISBOA**

**DÍEZ RIPOLLÉS**, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

**DWORKIN**, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977

**ECO**, Umberto. Cuando los demais entran en escena, nace la  tica. *En qu  creen los que no creen?* Un diálogo sobre la  tica en el fin del milenio. Argentina: Temas de hoy, 1997

**FARIA COSTA**, José de. *Direito Penal da Comunica o: alguns escritos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998

**FAUNDES**, Juan Jorge. *Etica y contexto del periodismo de investigación*. Sala de Prensa – Web para profesionales de la comunicación iberoamericanos, año IV, vol. 2, n.  43, mai., 2002

**FELIX**, Yuri; **LIRA**, Rafael; **FRANCO**, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 7.ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2011

**FERNANDES**, José Manuel de Matos. Justiça e comunica o social. *Estudos de Direitos da Comunica o*. Ant nio Pinto Monteiro (Coord.). Coimbra: Instituto Jurídico da Comunica o, 2002

**FERNÁNDEZ MOLINA**, Esther; **RECHEA ALBEROLA**, Cristina; **BENÍTEZ JIMÉNEZ**, José. *Tendencias sociales y delincuencia*. Centro de Investigación en Criminología (Universidad de Castilla-La Mancha), num. 11, disponível em <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf>

**FERRAJOLI**, Luigi. *Derecho y Razón*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. 7.ed., Madrid: Trotta, 2005

**FERREIRA**, Aurélio Buarque de Holanda, Miniaurélio: minidicionário da língua portuguesa. Coord. Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira. 6. ed., rev. e atual., Curitiba: Positivo, 2004

**FIGUEIREDO DIAS**, Jorge de. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 1.ed. brasileira, 2.ed. portuguesa, São Paulo: RT, Coimbra: Coimbra Ed., 2007

**FIGUEIREDO MARCOS**, Rui Manuel de; **ALMEIDA COSTA**, Mario Júlio de. *A Primeira República no Direito Português*. Coimbra: Almedina, 2010

**FRANCO**, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: quatro anos depois. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 22, n.º 3, jul./set., 2012

\_\_\_\_\_. Aborto: um tema recorrente. *Escritos transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal*: homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Ed. Revan. No prelo, com lançamento previsto para 30 de abril de 2014

\_\_\_\_\_; **LIRA**, Rafael; **FELIX**, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7.ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2011

**GARAPON**, Antoine. *Le gardien des promesses: le juge et la démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996

**GARCÍA ARÁN**, Mercedes; **BOTELLA**, Joan; **REBOLLO**, Rafael; **BAUCCELLS**, Joan; **PERES-NETO**, Luiz. *Malas Noticias. Medios de Comunicación, Política Criminal y Garantías Penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009

**GARCÍA-PABLOS DE MOLINA**, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. 4.ed., Madrid: Ramon Aceres, 2006

**GOMES**, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese de Livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012

\_\_\_\_\_. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003

**GUSY**, Christoph; **BATTIS**, Ulrich.. *Einführung in das Staatsrecht*, 4.ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999

**HASSEMER**, Winfried. La omnipresente violencia. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidade. XV, 1990-1991

\_\_\_\_\_. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In **HEFENDEHL**, Roland (Org) *La teoría del bien jurídico: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid e Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007

\_\_\_\_\_; **MUÑOZ CONDE**, Francisco. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”. Trad. Muñoz Conde. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1992

**HESSE**, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts, der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1995

**JEWKES**, Yvonne. *Media and Crime*. Trowbridge: Cromwell Press, 2004

**KAFKA**, Franz. *Der Prozess*. Traduzido para a língua portuguesa por Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006

**KARAM**, Maria Lúcia. Criação de crimes não passa de fantasia. *O Estado de S. Paulo*, Caderno Justiça, de 4 de janeiro de 1992

**KLEIN**, Darío. *El papel del periodismo de investigación en la sociedad democrática (I)*. Sala de Prensa - Web para profesionales de la comunicación iberoamericanos, año III, vol. 2, n.º 29, mar., 2001

**LIRA**, Rafael; **FRANCO**, Alberto Silva; **FELIX**, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7.ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2011

**MACHADO**, Jónatas E. M. Liberdade de expressão: dimensões constituconais da esfera pública no sistema social. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002

**MARGARIDO**, Orlando. Assustar Diverte. *Revista Carta Capital*, ano XX, n. 784, jan., 2014

**MARTINS**, Flanklin. Lei de comunicação de massa. *Revista Carta Capital*. Ed. Esp., ano XIX, n. 781, jan., 2014

**MARTINS**, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade. *Cadernos de Direito Unimep 3*, 2003

**MAUNZ**, Theodor; **ZIPPEUS**, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*, 29.ed., Munchen: Beck, 1994

**MELO GOMES**, Marcus Alan de. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008

**MENDES**, Gilmar Ferreira *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3.ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004

**MIRANDA**, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed., vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000

**MONTESQUIEU**, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presencialismo versus parlamentarismo*. Trad. Pedro Vieira Mota. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1996;

**MOREIRA**, Vital. *O Direito de Resposta na Comunicação Social*. Coimbra, 1994

\_\_\_\_\_; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. 1, 1.ed./4.ed., São Paulo: RT/Coimbra: Coimbra Editora, 2007

**MUÑOZ CONDE**, Francisco; HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”. Trad. Muñoz Conde. *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1992

**OSSENBÜHL**, F. *Medien zwischen Macht und Recht*. JZ, 1995

**PANZERI**, André; BÁRTOLI, Márcio. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 8.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007

**PEDRAZ PENALVA**, Ernesto. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del tribunal constitucional y literatura especializada alemanas. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid: Akal, 1990

**PERES-NETO**, Luiz; BOTELLA, Joan; BAUCCELLS, Joan; GARCÍA ARÁN, Mercedes; REBOLLO, Rafael. *Malas Noticias. Medios de Comunicación, Política Criminal y Garantías Penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009

**PRADO**, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996

**REALE JUNIOR**, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral. 3.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002

**REBOLLO**, Rafael; PERES-NETO, Luiz; BOTELLA, Joan; BAUCCELLS, Joan; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Malas Noticias. Medios de Comunicación, Política Criminal y Garantías Penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009

**RECHEA ALBEROLA**, Cristina; FERNÁNDEZ MOLINA, Esther; BENÍTEZ JIMÉNEZ, José. *Tendencias sociales y delincuencia*. Centro de Investigación en Criminología (Universidad de Castilla-La Mancha), num. 11, disponível em <http://www.uclm.es/criminologia/pdf/11-2004.pdf>

**REIS NOVAIS**, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

**RIBEIRO**, Alex. *O Caso Escola Base – Os abusos da Imprensa*. São Paulo: Ática, 1995

**RODRIGUES**, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. Vol. 1, 23.ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1993

- ROSS**, Alf. *On law and Justice*. Berkeley: University of California Press, 1959
- ROXIN**, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad de derecho penal? *La teoría del bien jurídico*. Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2007
- SAMPAIO**, Jorge. Presunção de inocência e lealdade processual. *Scientia Iuridica*. t. LII, n. 197
- SARLET**. Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9.ed., rev., atual., 2.tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012
- SASSON**, Theodore; **BECKETT**, Katherine. *Politics of Injustice: Crime and Punishment in America*, California: Thousand Oaks, 2000
- SIBILIA**, Paula. El eclipse de la interioridad moderna y la búsqueda de una felicidad espectacular. *La vida que viene*. Desafíos, enigmas, cambio y repetición después de la crisis. Madrid: Oficina de Arte y Ediciones S. L., 2011
- SCHLINK**, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976
- \_\_\_\_\_. Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion. *EuGRZ* (1984)
- SILVA**. Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010
- SOLTOSKI JÚNIOR**, Mário Elias. *Os medias e a justiça penal*. Algumas reflexões. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Manuel da Costa Andrade. 2004/2005
- VARGAS LLOSA**, Mario. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Trad. Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013;
- VARONA GÓMEZ**, Daniel. Medios de comunicación y punitivismo. *InDret – Revista para el analisis del Derecho*. Barcelona, Jan., 2011
- VIEIRA DE ANDRADE**, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3.ed., Coimbra: Almedina, 2004
- VIVES ANTÓN**, Tomás S; **COBO DEL ROSAL**, Manuel. *Derecho Penal: parte general*. 5.ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999
- ZIPPELIUS**, Reinhold; **MAUNZ**, Theodor;. *Deutsches Staatsrecht*, 29.ed., Munchen: Beck, 1994
- \_\_\_\_\_. Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht. *Hubmann-FS*, 1985

## **REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS**

### ➤ Brasil

Constituição da República Federativa do Brasil

Código de Processo Penal

Código Penal

Lei 4898/65 (abuso de autoridade)

### ➤ Portugal

Constituição da República Portuguesa

Código de Processo Penal

Código Penal

Lei 4/01, de 23 de fevereiro

Lei 2/99, de 13 de janeiro

Lei 31-A/98, de 14 de julho (tv)

Lei n.º 495, de 28 de março de 1916

Decreto 2:270, Seção do Ministério do Interior, de 12 de março de 1916

Decreto de 28 de outubro de 1910, Seção do Ministério da Justiça, publicado em 29 de outubro de 1910

## **REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS**

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADPF n.º 130 – Pleno – Rel. Carlos Ayres Brito – j. 30.04.2009.