

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL  
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA

**JULIO CESAR GOMES DE OLIVEIRA**

**POPULISMO PENAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E  
COMUNICAÇÃO DE MASSA:** uma proposta de diálogo com as garantias  
processuais constitucionais

PARANAÍBA-MS  
2015

**JULIO CESAR GOMES DE OLIVEIRA**

**POPULISMO PENAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E  
COMUNICAÇÃO DE MASSA: uma proposta de diálogo com as garantias  
processuais constitucionais**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
– UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba,  
como exigência parcial para obter o título de  
bacharelado em Direito.

Prof. Esp. Bruno Augusto Pasian Catolino

PARANAÍBA – MS

2015

**JULIO CESAR GOMES DE OLIVEIRA**

**POPULISMO PENAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E  
COMUNICAÇÃO DE MASSA: uma proposta de diálogo com as garantias  
processuais constitucionais**

Este exemplar corresponde à redação final do trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovada em, 10/11/2015.

**BANCA EXAMINADORA**

Orientador:

---

Prof. Esp. Bruno Augusto Pasian Catolino  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

---

Prof. Me. Isael José Santana  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

---

Prof. Me. Rodrigo Cogo  
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Dedico este trabalho...

Exclusivamente à minha família: meus pais por não terem medido esforços e sempre acreditarem em mim; à minha esposa e filho, que me acompanharam na execução deste trabalho com compreensão e amor; aos demais familiares que nunca deixaram de me incentivar. E aos meus amigos que sempre estiveram presentes nas horas difíceis, me impedindo de desistir. Todas essas pessoas me impediram de desistir!

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de começar com aquele que parece hoje ser o mais clichê dos agradecimentos em trabalhos acadêmicos, mas que sem o qual não seria possível esta realização. Portanto, agradeço primeiramente a Deus pela conclusão deste trabalho monográfico. Somente ele e, evidentemente eu, temos a noção exata das dificuldades que me sobrevieram e da vitória que este representa em minha vida. Sem Ele, também, jamais teria o apoio de outras pessoas as quais também devo agradecimento. À partir dEle, agradeço aos demais;

Que agradecer imensamente à minha família por todo apoio, afeto, compreensão e, acima de tudo, motivação que dispensaram a mim, não só durante a feitura deste trabalho, como também em todo o transcorrer deste curso.

Aos meus pais, Ailton e Nilza, que jamais mediram esforços pra que eu pudesse alcançar meus objetivos, enquanto eu ainda era um vestibulando recém-formado no Ensino Médio em Chapadão do Sul, ao optarem por sair daquela cidade com toda a família, mudando para Campo Grande, onde ali eu iniciaria minha caminhada no curso de Direito na Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. O amor de vocês por mim nunca me deixou desistir mesmo quando esta parecia a decisão mais óbvia, ou quando parecia já não haver opções. Obrigado, eu os amo muito! Pai, você é meu herói, exemplo de homem, de caráter e honestidade que eu perseguirei em vida. Mãe, você é minha heroína que detém em sua fragilidade e doçura o maior de seus poderes.

Aos meus avós, Juventino e Olíria, que me suportaram durante boa parte desta caminhada, e quando digo suportar, me refiro não só a aturar, mas também a oferecer o suporte que eu precisava no momento. Ao voltar de Campo Grande, ainda jovem, me receberam em sua casa, mesmo com muitas dificuldades, e me abraçaram em seu seio familiar para que eu pudesse então recomençar a faculdade nesta Universidade. Gostaria de agradecer muito, dizendo que foi uma honra e um aprendizado gigantesco trabalhar com meu avô, guerreiro, que já na idade avançada acordava cedo para às seis e meia da manhã iniciar seu trabalho como pedreiro; foi glorioso poder ser seu servente.

Agradeço grandemente à minha esposa, Flávia. Sem você, meu amor, eu jamais teria conseguido. Não fosse você entrar em minha vida proporcionando-me não só a felicidade de ser marido e pai, como também a responsabilidade de sê-los, impossível seria o atingimento deste objetivo. Por você e pelo nosso filho, Guilherme Benício, é que mesmo diante de momentos em que já me dava por vencido, conseguia me levantar e continuar persistindo por

esse sonho que já parecia distante e impossível de ser alcançado. Suas palavras de conforto e sua paciência me guiaram até aqui. Graças a Deus por você!

Ao meu filho, que mesmo criança e por nós ainda visto como um bebê, que muitas vezes me ensinou a paciência e, mais do que isso, o sentido do amor incondicional. Um dia meu filho, quero ser prá você o grande exemplo que meu pai é pra mim. Tenho certeza que você me encherá de orgulho, pois sua inteligência já é inspiradora. Por você, não desistirei de nada!

Gostaria de agradecer muito a minha irmã, Fernanda, que com todo amor e admiração me apoiou, muitas vezes impedindo que eu me desviasse, literalmente cuidando de mim quando eu deveria cuidar dela. Você, minha irmã, foi um anjo enviada por Deus em minha vida.

Agradeço aqui também ao meu grande primo, irmão, Daniel, advogado formado nesta instituição, com o qual muitos sonhos foram compartilhados. Você sempre foi um incentivador, não me deixando esquecer os meus intuits e da minha capacidade quando eu adentrei a esta universidade em 2007. Por toda a sua trajetória, você é o exemplo a ser seguido em nossa família.

Quero externar aqui também, meu agradecimento aos meus primos Lucas e Juliana. O Lucas que sempre foi um “discípulo” e agora o vejo caminhando com sua própria personalidade. Sempre me emocionou a sua admiração. Juliana, que quando entrou na UEMS toda temerosa, mas que vi crescer e, degrau por degrau, vai ainda atingindo suas ambições.

Aos meus tios, Marco (Cacá), Lúcio (Gu), Silvia (Tetis) e Fabiano (Tibira) que sempre estiveram presentes na minha vida acreditando, e me fazendo acreditar que eu posso ser mais do que sou. Em oportuno, um agradecimento especial àquele que me adotou como sobrinho, o Elceny, ou simplesmente o Mandrião, que já me viu reclamar inúmeras vezes, mas a sua certeza de que eu conseguiria era tão grande e contagiante que era impossível não correspondê-lo. Elceny, você é um grande homem!

Oportunamente quero agradecer também à minha queridíssima sogra, Sheila, que antes de ser minha sogra já me ajudava bastante enquanto secretária acadêmica desta universidade, sempre se mostrando solícita.

A minha família eu agradeço e dedico a conclusão deste trabalho, que se confunde com a conclusão deste curso, tão perseguido por mim.

Nesta oportunidade não poderia deixar de agradecer aos meus amigos, que graças a Deus, são muitos. Sem amigos é impossível que um homem caminhe nesta terra.

Começo agradecendo aqueles que iniciaram seus sonhos juntamente comigo, lá em 2003: Tiago (Marreco), Rodrigo (Bruxildo), Jean (Ururu) e Ederson (Mais Ken). Cada um objetivou seu caminho de forma diferente, mas foi compartilhando nossas vontades e ambições que fomos gradativamente atingindo-os. A amizade de vocês sempre esteve em meu coração e sempre me motivou na medida em que iam alcançando seus objetivos, me mostrando que sempre estivemos no caminho certo. Quem poderia olhar prá gente e imaginar que conseguiríamos? Modéstia à parte, acho que até um número considerável de pessoas. Pelo menos a queridíssima professora Amélia.

Tiago mantenha-se firme, você também conseguirá meu irmão! Os percalços existem, mas eles não nos minam, nos fortalece!

Agradeço também aos meus amigos que lá em 2007 estiveram comigo enquanto calouros nesta maravilhosa universidade: Vitor Hugo (Vitão), Max (Magrelo), Sinaldo (Sid), Paulo Henrique (PH), Viviane (Vivi), Franciane (Fran). Pessoas maravilhosas, que durante o tempo em que tive o privilegio de estar na mesma sala os vi crescer e amadurecer e, que com muito orgulho os vi, desejando estar ali também, formandos em 2011. Cada um seguiu com suas vidas, e são pessoas admiráveis. Obrigado pela amizade dispensada. Tenho certeza que minha alegria ao término deste, também é a alegria de vocês.

Aos meus grandes amigos Rogério (Rogerim) e Marlon que vivenciaram boa parte desta minha caminhada e sempre se mostraram dispostos a ouvir minhas lamentações. Demos boas gargalhadas juntos.

As também amigas de faculdade, Fernanda e Cris, que no meu retorno após um ano e meio distante, se viram na obrigação de me oferecer tão generosa e gratuitamente a sua amizade, no meio de um período que prá mim fora muito conturbado. Meu muito obrigado. Vocês não poderiam mensurar a importância que tiveram em minha vida naquele momento. Não importa o que eu faça, jamais poderei retribuir.

Agradeço aqui também ao Banco do Brasil, que não obstante minhas indagações acerca de sua contribuição na minha formação acadêmica é o lugar do qual retiro meu sustento, e mais do que isso, me oportunizou fazer mais amigos ainda. Em especial Elvis Sitta, Gleice Calixto, Fernando Kiyoshi e Osmar Camilo que pude conhecê-los na agência 0208, em Três Lagoas. Essas pessoas foram e ainda são especiais em minha vida, seja na amizade dispensada, seja na compreensão de minha ânsia em retornar à Paranaíba para retomar o curso de Direito na UEMS, seja na luta que travaram por mim, cada um da forma que podia: Fernando como aquele amigo que estendeu o ombro; e os demais exercendo da

influência que possuíam como gestores. A estes eu agradeço também por me formarem profissionalmente dentro dessa instituição. Muito obrigado!

Ainda dentro do meu trabalho, gostaria de agradecer aos meus amigos, em especial Assis, Nívea e Anderson pela compreensão de vocês ao me permitirem flexibilizar meus horários em várias ocasiões para que eu pudesse cumprir as horas necessárias no Núcleo de Práticas Jurídicas, requisito essencial para a conclusão deste curso. Não faria sentido apresentar um trabalho de conclusão de curso, sem o preenchimento dos demais requisitos.

Por fim, agradeço aos meus professores, muitos que admiro como mentores: Isael Santana, Ângela Duran, Rodrigo Cogo, Izolda, pessoas que me inebriaram com seu conhecimento e que saciavam a minha sede pelo aprendizado dessa ciência maravilhosa que é o direito a cada aula dada, bem como meu orientador Bruno, que antes de ser meu professor e orientador, foi meu amigo; compartilhamos juntos muitas tardes e noites de muita música, gosto em comum. Agradeço pela paciência e pelo entusiasmo que demonstrou quando lhe falei sobre minha ideia de monografia, isso ainda no ano de 2012.

Obrigado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul por me formar, não só com a possível entrega do diploma de graduação, mas me formar como homem e cidadão. Minhas ideias afloraram e desenvolveram graças a essa Instituição.

Por isso tudo, obrigado meu Deus!

## RESUMO

O presente trabalho buscará evidenciar, sob a ótica dos direitos fundamentais, populismo penal e sua evolução no processo midiático, bem como, sua influência na formação da opinião pública, vez que se baseia nos medos e anseios populares. Constatou-se que este discurso está presente nos campos político e jurídico, e sobretudo nos chamados países periféricos, persistindo nos dias atuais e se colocando em oposição aos direitos fundamentais. Pretende-se, neste sentido, demonstrar-se o caráter nocivo desse discurso, vez que caminha em direção contrária aos direitos fundamentais; e, também, salientar o garantismo, enquanto teoria que enleva os direitos fundamentais, e, dessa forma, suprime (ou ao menos luta contra) esse discurso baseado no hiperpunitivismo, configurado na exacerbação do Estado Penal em detrimento do indivíduo. Não se pretende, no presente estudo, pregar o abolicionismo penal, mas sim, um minimalismo que é o berço garantista, à luz dos direitos fundamentais. Desta forma surge a necessidade de transformação da opinião pública, para que o discurso popular penal busque o respeito aos direitos fundamentais. O trabalho se pautará pelo método hipotético-dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, como obras especializadas sobre o tema, sítios eletrônicos e revistas científicas.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Garantismo. Populismo Penal. Princípios Processuais Constitucionais.

## **ABSTRACT**

This study aimed to highlight the perspective of fundamental rights, penal populism and its evolution in the media process and its influence in shaping public opinion, since it is based on fears and popular aspirations. It appears that this speech is present in the political and legal fields, especially in so-called peripheral countries, persisting in the present day and putting yourself in opposition to fundamental rights. It is intended, in this sense, the harmful character be shown that speech, as it moves in the opposite direction to fundamental rights; and also highlight the garantismo while theory that elevates the fundamental rights, and thus suppresses (or at least the fight against) this discourse based on hyper punitive, set in the exacerbation of the penal state at the expense of the individual. It is not intended, in this study, preach the penal abolitionism, but a minimalism that is the birthplace Guarantee of Right to Trial in the light of fundamental rights. Thus there is an urgent need for transformation of public opinion, so that the criminal popular discourse seeks respect for fundamental rights. The work shall be founded on the hypothetical-deductive method, through bibliographic search, as specialized works on the subject, electronic sites and scientific journals.

**Keywords:** Fundamental rights. Guarantee of Right to Trial. Penal populism. Procedural Constitutional principles.

Vamos celebrar  
A estupidez humana  
A estupidez de todas as nações  
O meu país e sua corja  
De assassinos covardes  
Estupradores e ladrões  
Vamos celebrar  
A estupidez do povo  
Nossa polícia e televisão  
Vamos celebrar nosso governo  
E nosso estado que não é nação  
Celebrar a juventude sem escolas  
As crianças mortas  
Celebrar nossa desunião  
Vamos celebrar Eros e Thanatos  
Persephone e Hades  
Vamos celebrar nossa tristeza  
Vamos celebrar nossa vaidade  
Vamos comemorar como idiotas  
A cada fevereiro e feriado  
Todos os mortos nas estradas  
Os mortos por falta de hospitais  
Vamos celebrar nossa justiça  
A ganância e a difamação  
Vamos celebrar os preconceitos  
O voto dos analfabetos  
Comemorar a água podre  
E todos os impostos  
Queimadas, mentiras  
E sequestros  
Nosso castelo  
De cartas marcadas  
O trabalho escravo  
Nosso pequeno universo  
Toda a hipocrisia  
E toda a afetação  
Todo roubo e toda indiferença  
Vamos celebrar epidemias  
É a festa da torcida campeã  
Vamos celebrar a fome  
Não ter a quem ouvir  
Não se ter a quem amar  
Vamos alimentar o que é maldade

Vamos machucar o coração  
Vamos celebrar nossa bandeira  
Nosso passado  
De absurdos gloriosos  
Tudo que é gratuito e feio  
Tudo o que é normal  
Vamos cantar juntos  
O hino nacional  
A lágrima é verdadeira  
Vamos celebrar nossa saudade  
E comemorar a nossa solidão  
Vamos festejar a inveja  
A intolerância  
A incompreensão  
Vamos festejar a violência  
E esquecer a nossa gente  
Que trabalhou honestamente  
A vida inteira  
E agora não tem mais  
Direito a nada  
Vamos celebrar a aberração  
De toda a nossa falta de bom senso  
Nosso descaso por educação  
Vamos celebrar o horror  
De tudo isto  
Com festa, velório e caixão  
Tá tudo morto e enterrado agora  
Já que também podemos celebrar  
A estupidez de quem cantou  
Essa canção  
Venha!  
Meu coração está com pressa  
Quando a esperança está dispersa  
Só a verdade me liberta  
Chega de maldade e ilusão  
Venha!  
O amor tem sempre a porta aberta  
E vem chegando a primavera  
Nosso futuro recomeça  
Venha!  
Que o que vem é Perfeição!

Perfeição, Legião Urbana. Composição: Dado Villa-Lobos/Renato Russo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO A INFORMAÇÃO</b> .....	16
<b>1.1 Conceito e Conteúdo dos Direitos Fundamentais</b> .....	16
1.1.1 Conceito.....	16
1.1.2 Conteúdo.....	19
1.1.2.1 <i>Direitos Universais e Absolutos</i> .....	19
1.1.2.2 <i>Historicidade</i> .....	20
1.1.2.3 <i>Inalienabilidade/indisponibilidade</i> .....	21
1.1.2.4 <i>Constitucionalização</i> .....	21
1.1.2.5 <i>Vinculação dos Poderes Públicos</i> .....	22
1.1.2.6 <i>Aplicabilidade Imediata</i> .....	22
<b>1.2 Histórico dos Direitos Fundamentais</b> .....	23
<b>1.3 Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais</b> .....	32
<b>1.4 O Direito a Informação Como Direito Fundamental (Limites Constitucionais?)</b> .....	34
1.4.1 Do “In Dubio Pro Societate” e o Direito à Informação .....	36
<b>2 POPULISMO, MÍDIA E GARANTISMO PENAL</b> .....	37
<b>2.1 Conceitos</b> .....	37
2.1.1 Populismo Penal .....	37
2.1.2 Garantismo Penal.....	41
<b>2.2 Características dos Populismos Penais</b> .....	44
2.2.1 Demanda de maior “rigorismo penal” diante do sentimento coletivo de insegurança e de medo dos crimes tradicionais (clássicos).....	45
2.2.2 “Desestorrialização” da realidade (Descontextualização histórica do problema e busca de consenso social) .....	46
2.2.3 Exacerbação e substantividade dos interesses das vítimas.....	46
2.2.4 Profanização da Criminalização .....	47
2.2.5 Confiança ilimitada nos agentes do poder punitivo e desprezo pelo sistema de garantias que o controla (eficientismo penal) .....	48
2.2.6 Quase absoluto controle midiático da criminologia e da política criminal .....	48
<b>2.3 Do Garantismo ao Populismo Penal</b> .....	50
<b>2.4 Do populismo ao Fundamentalismo Penal</b> .....	51

<b>2.5 O Problema do Populismo Midiático em Tempos de Populismo Punitivo.....</b>	<b>54</b>
2.5.1 A mídia e o Processo de Construção da Realidade .....	54
2.5.2 A influência da Mídia na Formação da Opinião Pública.....	56
<b>3 DA NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E A OPINIÃO PÚBLICA .....</b>	<b>58</b>
<b>3.1 Direitos Fundamentais e os Princípios Processuais Constitucionais .....</b>	<b>58</b>
<b>3.2 Os Princípios Processuais Penais Constitucionais e o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.....</b>	<b>59</b>
3.2.1 O devido Processo Legal .....	61
3.2.1.1 <i>Igualdade das Partes</i> .....	63
3.2.2 Contraditório.....	64
3.2.3 Ampla Defesa .....	66
3.2.4 Presunção de Inocência .....	67
3.2.4.1 <i>In Dubio Pro Reo</i> .....	68
3.2.5 Vedação das Provas Ilícitas .....	69
3.2.6 Publicidade .....	71
3.2.7 <i>Bis In Idem</i> .....	72
3.2.8 Proporcionalidade.....	72
3.2.9 Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli .....	73
<b>3.3 As imagens do Sistema Penal e da Criminalidade Construídas Neste Processo Midiático.....</b>	<b>75</b>
<b>3.1 (Possíveis) Reflexos das (ir)Racionalidades da Opinião Pública na Construção da Política Criminal.....</b>	<b>76</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>78</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>82</b>

## INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, em toda sua amplitude, constitui uma das maiores conquistas da humanidade, atestando a evolução do Estado desde a sua concepção. Nele, o indivíduo goza, com sua chancela, de benefícios intrínsecos ao homem e que outros modelos de estado visaram minar. A liberdade, igualdade e fraternidade são facultadas aos seus concidadãos.

Embora de conceito teórico, este modelo de estado representa aquilo pelo qual os seres humanos são capazes de entregar a própria vida, e que assim muitos o fizeram na Revolução Francesa no século XVIII. Este tema, abordaremos com mais minúcia em capítulo próprio.

O que é importante ressaltar, é que o presente trabalho, mais que uma defesa das garantias individuais aplicadas, sobretudo, ao processo, pretende, também, rememorar a história, com o intuito de nos atentarmos sempre para a árdua luta para conquista da liberdade, e que isso, até agora, só obtivemos com maior abrangência no Estado Democrático de Direito.

Na sociedade atual, temos a tendência de confundir a corrupção do modelo com a sua ineficácia plena, exigindo, insanamente, uma justiça a qualquer preço.

O processo, mais que uma formalidade para aplicação do direito material, é antes um instrumento constitucional, haja vista a Constituição Federal impor em seu artigo 5º o princípio do devido processo legal. Deste modo, é o processo um fiel cumpridor de princípios e preceitos constitucionais, com sede em direitos fundamentais, antes de prover a aplicação do direito.

Na esfera penal, esta, digamos responsabilidade, é ainda maior, pois tratamos da liberdade, maior bem outorgado a todos os cidadãos de um Estado democrático de direito. O processo penal, portanto, deve estar isento de pressões e clamores passionais, para que seja fidedigno à Constituição e, desta forma, tenha maior alcance de justiça.

Pode-se afirmar, portanto, que o ideal é que haja um positivismo aclamado no processo penal, no sentido de que este siga a letra da Constituição. Para que não tenhamos princípios tão defendidos jogados na lixeira, como o ferimento da ampla defesa e do contraditório, "in dubio pro reo" e "in dubio pro societate", juiz natural, etc. Ou seja, há que se defender um processo penal constitucional.

A pretensão de caminhada deste trabalho evidencia-se neste viés: a essencial defesa de um direito processual penal positivo. Num país onde impera um "populismo penal midiático",

onde se reiteram injustiças e onde a corrupção nocauteia o estado democrático de direito e se faz déspota, é de suma importância que voltemos nossos olhos à Constituição, aquela que pôs termo ao regime ditatorial e nos promulgou a liberdade.

É salutar a defesa de um processo penal onde impera os ditames de nossa Constituição, senão em sua amplitude, dada a imensa colcha de retalhos em que ela vem se transformando ao longo dos anos, porém, naquilo que diz respeito ao garantismo que ela nos apregoa, sobretudo em seu artigo quinto.

Cumprе salientar, ainda, o historicismo social e político por detrás das garantias individuais trazidas no texto do referido artigo de nossa lei maior. É sabido, contudo muitas vezes ignorado, o fato da Constituição em vigor em nossa República, haver sido promulgada num período pós-ditadura. Período esse, no qual atrocidades e crimes contra cidadãos brasileiros foram executados com base legal, pelo próprio Estado brasileiro; um período onde acusação e condenação se confundiam.

A Constituição de 1988, chamada também de Constituição cidadã, emerge desta lama obscura donde estávamos chafurdados, e se levanta com a premissa maior de coibir quaisquer atentados à liberdade e aos direitos individuais, propondo-nos o “garantismo”.

# 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

O presente capítulo tem por objetivo principal o estudo dos direitos fundamentais, desde a sua concepção histórica até a sua afirmação e positivação nos ordenamentos jurídicos, sobretudo no que tange ao sistema jurídico brasileiro.

No Brasil, a afirmação dos Direitos Fundamentais, como se verá, se deu pela Lei Maior, a Constituição Federal de 1988, que além de consagrá-los, muitos ganharam o status de princípios que perfazem uma das fontes do Direito. Neste panorama, importa aqui a análise daqueles que se referem ao processo penal, mais especificamente.

## 1.1 Conceito e Conteúdo dos Direitos Fundamentais

### 1.1.1 Conceito

Toda sociedade necessita de uma estrutura que lhe garanta uma organização política, social e jurídica. Tal estrutura social é encontrada na Constituição, que visa, de fato, constituir o Estado. Por conseguinte, esta constituição é embasada em determinados princípios básicos que nortearão os caminhos do Estado, estabelecendo parâmetro para as demais leis infraconstitucionais.

No Estado brasileiro, tomando como exemplo os demais Estados democráticos de direito, os princípios norteadores são tomados a partir dos Direitos fundamentais, que serão objetos deste capítulo.

Neste sentido:

A Constituição, numa acepção genérica, pode ser entendida como a concreta maneira de ser de um Estado, do ponto de vista político, jurídico sociológico ou sistemático. Assim, a Constituição constitui, vincula e estabelece condições do agir político estatal. [...] Canotilho, ao referir-se à Constituição portuguesa, destaca que o *‘sistema jurídico do Estado de Direito democrático é um sistema normativo aberto de regras e princípios’*. [...] Os princípios são a base da ordem constitucional, não podem servir apenas para fundamentar decisões, mas devem constituir o fundamento do qual a norma infraconstitucional não pode ser desvinculada. Desse modo, a Constituição é formada por um conjunto de princípios que devem formar um sistema que *‘constitui’* e da forma ao Estado. (THUMS, 2006, p. 77-79)

De igual modo, “o avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, [...], da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da

visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões”. (BRANCO, 2010, p. 307).

Ou seja, os direitos fundamentais encontram-se positivados em nosso ordenamento jurídico, constituindo, como já visto supra, o núcleo dos princípios constitucionais, podendo ser notada a relevância desses direitos já no preâmbulo de nossa Constituição (BRANCO, 2010).

Com esta preocupação de fixá-lo de maneira positiva é necessário a compreensão do conteúdo e conceito dos Direitos Fundamentais. Tal tarefa, não é de todo simples como se afigura, tampouco estabelecer suas características (BRANCO, 2010).

Pode-se dizer, contudo, que uma parte do seu conteúdo é fixada no princípio da dignidade da pessoa humana:

As constituições dos modernos estados Democráticos de Direito partem de um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, repugnando uma das características dos estados autoritários, consistente na ausência de compromisso com os direitos humanos. O reconhecimento e a proteção destes direitos são a base de qualquer Constituição democrática. [...] no momento em que se proclama na vida social que o homem não se confunde com o Estado e que o homem existe antes do Estado, reconhece-se um valor distinto da pessoa humana, como titular de direitos específicos, inalienáveis. Isto provoca um *“deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade”*. [...] O filósofo Kant, [...], Ao referir-se sobre a qualidade insubstituível da pessoa humana afirma que *“no reino dos fins tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”*. A característica do ser humano, que o faz dotado de dignidade especial, é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas apenas fim em si mesmo. [...] A dignidade é decorrente da natureza. (THUMS, 2006, p. 100-101).

Desta forma, evidencia-se que os direitos fundamentais são inerentes à natureza humana, seja conceitualmente ou quanto ao seu conteúdo, embora haja sempre uma preocupação em buscar fundamentos filosóficos para sua concepção:

Busca-se encontrar em sistemas de pensamento uma justificação para os direitos fundamentais. Intenta-se estabelecer uma justificação filosófica que os torne necessários e os reforce [...]. Assim, para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas. (BRANCO, 2010, p.311).

Assim, ficando um pouco confusa a justificação filosófica para a afirmação dos direitos fundamentais, não restando unanimidade quanto a serem direitos naturais do ser humano, concebe-se:

Que o problema mais fremente está na necessidade de encontrar fórmulas para os proteger. Bobbio, a propósito afirma ilusório buscar um substrato absoluto para os direitos fundamentais. A variedade de direitos tidos como tais e a possibilidade de que entrem em linha colidente evidenciariam que não se pode falar em fundamentos imperiosos e incontestáveis para esses direitos. Os direitos humanos seriam fruto de momentos históricos diferentes e a sua própria diversidade já apontaria para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de uma base absoluta [...] seria mais produtivo buscar, [...], as várias razões elementares possíveis para a elevação de um direito à categoria de fundamental, sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito haverá de atuar. (BRANCO, 2010, p. 311).

Ante a essa problemática conceitual e contextual, tamanha e complexa, “as razões mesmas da dificuldade de encontrar um fundamento último para os direitos humanos se somam para que também se torne difícil uma conceituação dos direitos humanos”. (BRANCO, 2010, p. 311).

Nesta mesma vertente:

O catálogo dos direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende a homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. [...] descobrir características básicas dos direitos fundamentais, contudo, não constitui tarefa meramente acadêmica, e pode revelar-se importante para resolver problemas concretos. [...] Vieira de Andrade, detendo-se no tema, pretende que, em última análise, o ponto característico que serviria para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nisso estaria a fundamentalidade material dos direitos humanos. (BRANCO, 2010, p. 312).

Por este viés, volta-se a questão, ou melhor, corrobora com o fato de que direitos fundamentais têm como característica base a dignidade da pessoa humana, sendo este seu conteúdo mais contundente. Embora, para Canotilho, crítico desta ideia, entrelaçar a dignidade da pessoa humana aos direitos fundamentais, seria o mesmo que expulsar deste campo (direito fundamental), direitos que não tenham como “ideia-princípio” a dignidade da pessoa humana. (BRANCO, 2010).

Assim, o conceito que melhor se apregoa aos direitos fundamentais:

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos

na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo a exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. [...] os direitos fundamentais [...] podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem à partir da perspectiva do valor da dignidade humana. (BRANCO, 2010, p. 313.)

E também:

Por definição teórica e formal, Ferrajoli considera os direitos fundamentais como *“todos aqueles direitos subjetivos, que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de ‘status’ de pessoas, de cidadãos, ou pessoas com capacidade de trabalhar; entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesão) adstrita a um sujeito por norma jurídica; e por ‘status’ a condição de um sujeito, prevista assim mesmo por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos decorrentes do exercício destas”*. (THUMS, 2006, p.107).

### 1.1.2 Conteúdo

O conteúdo dos direitos fundamentais não é de tão fácil assimilação por um contexto geral. Este conteúdo vai variar de Constituição para Constituição, levando em conta as características de Estado que tenha positivado em seu ordenamento jurídico os direitos fundamentais.

Assim, o que determina o conteúdo concreto dos direitos fundamentais, bem como sua significação, varia de um Estado para outro, na medida em que a cultura, a história dos povos e fatores extrajurídicos, os influencia diretamente. (BRANCO, 2010).

Desta forma, a análise do conteúdo ou características, e feita à partir de associações mais frequentes. Assim, tem-se como conteúdo dos direitos fundamentais: universais e absolutos; historicidade; inalienabilidade/indisponibilidade; constitucionalização; vinculação dos poderes públicos; aplicabilidade imediata. (BRANCO, 2010).

#### 1.1.2.1 Direitos universais e absolutos

É pacífico que todos os cidadãos são titulares dos direitos fundamentais, constituindo condição básica para essa titularidade o fator ser humano, sendo, pois, universais. É dito, também, que os direitos fundamentais são absolutos, pois se sobrepõem aos demais, estando

imediatamente acima hierarquicamente que quaisquer outros direitos, absolutos em relação a todo o ordenamento.

Tais assertivas, contudo, devem ser analisadas com cautela, pois, embora todo cidadão seja titular desses direitos, existem uma gama deles que não são postos a todos, mas apenas a uma parcela ou grupo, trabalhadores por exemplo. Também há que se levar em consideração o polo passivo quanto à obrigatoriedade de observação dos direitos fundamentais, que nem sempre será o Poder Público, mas há aqueles que obrigam particulares.

Da mesma forma, contesta-se a posição dos direitos fundamentais como direitos absolutos, haja vista poderem eles, sim, sofrerem limitações. Esta limitação pode ocorrer quando são confrontados com outros valores constitucionais, ou, até mesmo, outros direitos fundamentais. (BRANCO, 2010).

Igualmente no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros”. A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no texto. Até o elemental direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, *a*, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada. Não há, portanto, que falar entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los. (BRANCO, 2010, p. 316-317).

### *1.1.2.2 Historicidade*

Visto que os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, da mesma forma, seu conteúdo não é único em todo tempo e lugar. Necessário é a remissão histórica, pois sua compreensão se dá em cada contexto histórico, podendo aparecer em determinadas épocas e desaparecendo em outras, denotando seu caráter evolutivo. Nota-se, que essa evolução “é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos”. (BRANCO, 2010).

O fenômeno leva Bobbio a concluir que os direitos não nascem todos de uma só vez, “nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor”. (BRANCO, 2010, p. 317-318).

Neste aspecto, evidencia-se o paradoxo existente entre os direitos fundamentais, que são a base do garantismo, e o populismo penal, ambos os objetos do primeiro capítulo.

Enquanto este pede por maior imposição punitiva do Estado, alavancando seu poder penal e minando as garantias, aquele surge na luta constante por limitação desse mesmo poder e cobrando uma intervenção maior do Estado no sentido de proteção das garantias, levando-se em consideração os momentos históricos em que essas garantias necessitem ser abraçadas pelo Estado, que as positive.

#### *1.1.2.3 Inalienabilidade/Indisponibilidade*

“Inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra-e-venda, doação – quer material – destruição material do bem”. (BRANCO, 2010, p. 318).

Por este conceito, o homem não pode dispor de direitos que estão postos à serviço de sua própria dignidade, ou seja, não há liberdade de escolha para o homem ter ou não dignidade, ela é intrínseca a ele, e sem a qual não haveria potencialidade do homem de ser autoconsciente e livre. Desta forma, torna-se inalienável o direito à vida e todos aqueles direitos que circundam este, isto é, os direitos que compõem o direito à vida, como saúde, integridade física, condição patrimonial mínima. (BRANCO, 2010).

#### *1.1.2.4 Constitucionalização*

Outra característica marcante dos direitos fundamentais, é que eles se encontram positivados no ordenamento jurídico. Sobre este aspecto nota-se a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais.

O primeiro é reservado para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. Partem de um posicionamento filosófico de ordem jusnaturalista e não está positivado no ordenamento jurídico. Possui vocação universalista e supranacional, e é empregado para impor posições de respeito ao ser humano, inseridos em documentos internacionais. (BRANCO, 2010).

Já em relação aos direitos fundamentais, estes se encontram inclusos em diplomas normativos, possuindo vigência e eficácia no ordenamento jurídico à medida que consagrados pelos Estados, muitas vezes nas constituições, como o é no Brasil. Contudo, tal distinção não importa dizer que não há comunicação entre os dois conceitos. Muitas vezes, os direitos humanos encontram base em direitos fundamentais consagrados pelos Estados, e o contrário também é verdade, embora haja diferença quanto a efetividade de um e de outro, uma vez que

enquanto positivados numa ordem jurídica interna, os direitos fundamentais notam-se mais céleres quanto a sua aplicabilidade. (BRANCO, 2010).

#### *1.1.2.5 Vinculação dos poderes públicos*

A constitucionalização dos direitos fundamentais vincula os poderes constituídos, Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que os atos desses poderes têm que observar o contido nos direitos fundamentais, passíveis de invalidade.

Em relação ao Legislativo, esta vinculação se dá pelos seus atos e edições de normas que convirjam com os direitos fundamentais. Muitas vezes, um direito posto na Constituição necessita de uma regulamentação infra, e neste aspecto, o Legislativo não pode se furtar a esta obrigação, sob pena de ação direta de inconstitucionalidade.

No tocante ao Poder Executivo, a Administração compreendida pelas pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado que disponham de poderes públicos, de igual forma estão vinculados aos direitos fundamentais, tornando nulos os atos praticados que ofendam tais direitos. Cabe à Administração a interpretação e aplicação das leis, bem como a execução de sua atividade discricionária consoante os direitos fundamentais.

Já a vinculação do Judiciário é de sua própria essência, pois a sua tarefa é a de proteger direitos violados ou sob ameaça. “Os Tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte”. Desta forma, a vinculação do judiciário é entendida por conferir aos direitos fundamentais plena eficácia, conferindo aos processos em todas as suas fases, respeito aos direitos fundamentais. (BRANCO 2010).

#### *1.1.2.6 Aplicabilidade Imediata*

Sobretudo após o holocausto nazista da 2ª Guerra Mundial, nota-se uma importante preocupação em se dar aplicação imediata aos direitos fundamentais não os deixando à mercê de uma atividade legiferante que os legitime ou regule. Assim era na Constituição de Weimar, na Alemanha, o que acabou cedendo espaço para o regime totalitário, haja vista que os direitos fundamentais, embora positivados na Constituição, tinha-se o entendimento de que eles dependiam da livre ação do legislador. (BRANCO, 2010).

Desta forma, a Lei Fundamental de 1949 veio para corrigir esta falha, conferindo aplicação imediata aos direitos fundamentais, independente de tradução jurídica pelo

legislador. Seguindo esta tendência, a Constituição espanhola, portuguesa e brasileira de 1988.

A propósito, a Constituição brasileira de 1988 confere aplicação imediata aos direitos fundamentais no § 1º do seu Art. 5º. (BRANCO, 2010).

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas. (BRANCO, 2010, p. 328).

## 1.2 Histórico dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais como já estudado no tópico anterior, são evolutivos no sentido de não poder evidenciarlos com precisão de uma forma imutável; eles se sedimentam como normas obrigatórias a partir de uma maturação histórica. Assim, nota-se a segunda metade do século XVIII como a origem embrionária de sua positivação com o *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) de Virgínia, nos Estados Unidos da América em 1776, e a Declaração Francesa de 1789. Neste sentido, de observar o caráter evolutivo dos direitos fundamentais, sempre ligados a fatores históricos, as ideias que os alicerçaram, partem de maneira relevante do cristianismo que prega o fundamento do homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, ensejando-lhe uma dignidade única merecedora de proteção especial. E por esse caráter a natureza humana possui alto valor intrínseco. As teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII enfatizam a submissão da autoridade pública em detrimento do indivíduo, com a premissa de que direitos resultantes da natureza humana preexistem ao Estado. (BRANCO, 2010)

Norberto Bobbio, que não se distancia dessa visão, ensina que os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contrato. Diz o autor que, “a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna”. (BRANCO, 2010, p. 308)

Não coincidentemente, a afirmação dos direitos fundamentais se dá com o advento do Estado liberal que romperia com o Estado absolutista.

O Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica porque já no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição ao *individual* em favor do *coletivo* era tida como ilegítima. Essa foi a raiz individualista do Estado liberal. Ao mesmo tempo, a burguesia enriquecida, que já dispunha do poder econômico, preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual um direito natural dos indivíduos. Sob influência do jusnaturalismo, outros direitos naturais foram sendo proclamados, sobretudo no âmbito econômico, como a propriedade, visando a impedir qualquer interferência do Estado no sentido de criar algum condicionamento à manutenção e ao uso dos bens, ou alguma restrição aos termos de qualquer contrato. (DALLARI, 2007, p. 278).

Nota-se, que a primeira preocupação se dá com as liberdades individuais, para aquilo que viriam a se firmarem como direitos fundamentais, exemplificando a ideia de que esses direitos evoluem com o tempo. Pois será tema do tópico seguinte o estudo das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, e que essa preocupação com liberdades individuais, ligadas invariavelmente ao patrimônio, se deu na primeira dimensão.

Analisando, contudo, mais a fundo a questão dos direitos fundamentais, sabe-se que esta ideia, para muitos, se proclama com a Magna Carta da Inglaterra, de 1215, sendo seu precedente mais antigo, embora ela não tivesse um conteúdo universal pertinente à pessoa humana, visando, antes, os direitos dos barões, mas que, todavia, já restringia o poder absoluto do monarca. (DALLARI, 2007).

Essa afirmação de direitos, feita em caráter geral e obrigando o rei da Inglaterra no seu relacionamento com os súditos, representou um avanço, tendo fixado alguns princípios que iriam ganhar amplo desenvolvimento, obtendo a consagração universal. Assim, por exemplo, o parágrafo 39 da Magna Carta, um dos mais expressivos em termos de afirmação geral de direitos, dispunha o seguinte: “Nenhum homem livre poderá ser detido ou mantido preso, privado de seus bens, posto fora da lei ou banido, ou de qualquer maneira molestado, e não procederemos contra ele nem o faremos vir, a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra”. (DALLARI, 2007, p. 207).

Em termos gerais, contudo, para Dalmo de Abreu Dallari (2007), o século XVIII foi a época da afirmação dos direitos fundamentais, sendo o século das Declarações firmadas através dos mesmos fatores que, em grande monta, geraram o movimento pela criação de um Estado Constitucional. Embora a primeira Declaração desse período tenha sido promulgada na América do Norte (Declaração de Direitos de Virgínia, 1776), evidencia-se mais a Declaração Francesa pelo seu cunho universal, mesmo que tratando, de um modo geral, de

uma visão mais individualista em relação à percepção dos Direitos Fundamentais. Destarte, a Declaração de Direitos de Virgínia alcançou um avanço maior neste ponto.

Entretanto, nota-se uma forte influência na América, do *Bill of Rights* da Inglaterra, de 1689. O *Bill of Rights* era, para muitos, uma nova Magna Carta, que nascia como uma Declaração com força de lei, aprovada pelo Parlamento britânico, que visava além de dar legitimidade aos sucessores da Coroa e ao próprio Parlamento, a concessão de maiores liberdades e garantias, como: eleições livres, proibição de fiança excessiva para se responder processo em liberdade e proibição de penas cruéis.

A edição do *Bill of Rights*, influenciou, mais tarde, a edição de dez emendas à Constituição norte-americana de 1787, que foram aprovadas em 1791, incorporando, assim, garantias de liberdades à pessoa humana num texto constitucional, inspirando a França a, também, incorporar a sua Declaração de Direitos à Constituição.

O fato é que as declarações do século XVIII, porém, partem do jusnaturalismo racional do século XVII, que sustentava a existência de direitos naturais mesmo ante a ausência de um Deus, pautando-se pela moralidade que direciona o homem a fazer o que é certo e justo. Para esta linha de pensamento, o direito natural é demonstrado pela razão, verificado pela razão, e que o Estado existe tão-somente para assegurar aos homens os direitos naturais, sendo o direito positivo e sua execução nos Tribunais o meio pelo qual o Estado realiza sua função. (DALLARI, 2007)

Mais tarde, no século XIX, sobreveio à Revolução Industrial, que à margem dos benefícios da produção não mais manufaturada, mas agora em larga escala, trouxe consigo as mazelas do desnivelamento social e novas concepções surgiram daí. No século XX, eclodem duas grandes guerras mundiais, e no interstício de uma para outra, a Revolução Russa, justamente um movimento do proletariado, para mencionar em termos bem sintetizados.

Essas ocorrências históricas, portanto, serviram para alavancar mais ainda os direitos fundamentais. Emerge desse imbróglio a necessidade fremente de internacionalização dos direitos humanos. Pois, ora, sabe-se que os direitos humanos é a concepção universal aclamada nas declarações pelos anais da história, e que, direitos fundamentais é a positivação daquilo que cada Estado entende ser necessário para assegurar a dignidade de seus cidadãos; sabe-se, ainda, que não há aquele que antecede ao outro, mas que, pelo contrário, podem se complementar. Daí a importância do processo de internacionalização dos direitos humanos.

A expressão *direitos humanos*, [...], é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica

básica a positivação numa ordem jurídica particular. [...] é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução *direitos fundamentais* é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. [...] vigem numa ordem jurídica concreta, [...], garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra. Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam [...] incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados, e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais. (BRANCO, 2010, p. 320).

Dito isso, o processo de internacionalização dos direitos humanos encontra seus primeiros passos no Direito Humanitário, na Liga das Nações e na Organização Internacional do Trabalho. (PIOVESAN, 2010).

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. [...] para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de direito internacional. (PIOVESAN, 2010, p. 115).

Deste modo, o Direito Humanitário surge como a afirmação dos direitos humanos em casos de guerra, com o intuito de fixar limites à atuação do Estado e assegurar a observância de direitos fundamentais. Visa proteger os militares postos fora de combate e a população civil dos países deflagrados em conflitos bélicos. (PIOVESAN, 2010).

“O Direito Humanitário foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado”. (PIOVESAN, 2010, p. 116).

No pós Primeira Guerra, de igual modo, criou-se a Liga das nações, cuja concepção se deu para minorar a soberania dos Estados. (PIOVESAN, 2010).

“A Liga das Nações tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros”. (PIOVESAN, 2010, p. 116).

Em sua convenção, em 1920, apresentava preocupações com os direitos humanos, sobretudo no que tangia ao direito ao trabalho, para assegurar condições dignas para homens, mulheres e crianças. Também após a Primeira Guerra, foi criada Organização Internacional

do Trabalho, tendo por finalidade a promoção de padrões internacionais de trabalho e bem-estar. (PIOVESAN, 2010).

Muito em razão disso, e dentro desse panorama histórico:

O industrialismo do século XIX, ao esmo tempo em que procurava levar às últimas consequências os princípios individualistas do liberalismo, promovera a concentração dos indivíduos que nada mais possuíam do que a força de trabalho. Com isto, iria deixar muito evidente a existência de desníveis sociais brutalmente injustos e favorecer a organização do proletariado como força política. Além disso, patenteou aos intelectuais e aos líderes não condicionados por interesses econômicos a necessidade imperiosa de se implantar uma nova ordem social, em que todos os homens recebessem proteção e tivessem meios de acesso aos bens sociais. E a Revolução Russa, [...], iria despertar a consciência do mundo para a necessidade de assegurar aos trabalhadores um nível de vida compatível com a dignidade humana. (DALLARI, 2007, p. 210-211).

E, também:

Na Alemanha, ao final da I Guerra Mundial, a situação dos operários era desesperadora, com um altíssimo índice de desemprego e todo o seu cortejo de miséria e desespero. Em 9 de novembro de 1918, o Príncipe Max de Baden, chefiando um movimento revolucionário, publicou um manifesto, anunciando a abdicação do Imperador e a organização de um novo governo. Afirmando que a orientação deste governo era “puramente socialista”, o manifesto, a que se deu força de lei, eliminava uma série de restrições [...] dizendo textualmente: “em 1º de janeiro de 1919, o mais tardar, entrará em vigor a jornada máxima de oito horas de trabalho”. Esse documento teve grande importância pela influência que exerceu sobre a nova Constituição alemã, a famosa *Constituição de Weimar*, de 11 de agosto de 1919, na qual tiveram grande destaque os direitos sociais. (DALLARI, 2007, p. 211).

Desta maneira, denota, mais uma vez, o caráter evolutivo dos direitos fundamentais que foram, e vêm se assentando, na medida em que a história atravessa em sua cronologia fatos atentatórios ao ser humano, ou até mesmo fatos que poderiam representar ameaça a dignidade humana.

Apresentando um breve perfil da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações e do Direito Humanitário, pode-se concluir que tais institutos, cada qual ao seu modo, contribuíram para o processo de internacionalização dos direitos humanos. Seja ao assegurar parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e segurança internacional, seja ainda ao proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado, tais institutos se assemelham na medida em que projetam o tema dos direitos humanos na ordem internacional. Vale dizer, o advento da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações e do Direito Humanitário registra o fim de uma época em que o Direito Internacional era, salvo raras exceções, confinado a regular relações entre Estados, no âmbito estritamente governamental. Por meio desses institutos, [...]; visava-se, sim, o alcance de obrigações internacionais a serem garantidas ou implementadas coletivamente, que, por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes.

Essas obrigações internacionais voltavam-se a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. (PIOVESAN, 2010, p. 118-119).

Contudo, mesmo com tais medidas, a história ainda aprontaria mais na trajetória mundial, trazendo à tona ainda mais a necessidade de se fixarem limites aos Estados e de preocupação com a humanidade. Em meados do século XX, eclode a maior de todas as guerras, pautada, principalmente, no discurso de agressão contra o ser humano. A Segunda Guerra Mundial, viria a ser um dos maiores marcos de atentado contra a dignidade humana, seja no holocausto nazista de Hitler com seus campos de concentração, seja nas batalhas que se travaram, seja nas bombas de Hiroshima e Nagasaki.

De fato, a história sempre relatou períodos sangrentos e violentos, mas nunca antes, até mesmo em virtude de uma possibilidade melhor e mais ampla de se veicular as notícias e os fatos, o mundo viu tamanha falta de humanidade. Durante seis anos (1939-1945), o mundo mostrou uma de suas piores faces.

No entanto, “se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução”. (PIOVESSAN, 2010, p. 122). Dentre alguns dos legados deste período catastrófico, restou a humanidade a reconstrução daquilo que se pensa direitos humanos.

A verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse. (PIOVESAN, 2010, p. 121).

Deste modo:

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente da história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça. (PIOVESAN, 2010, p.122)

A necessidade de reconstrução dos direitos humanos, então, nasce deste momento em que o homem passa a ser supérfluo, e que o valor do ser humano cai por terra. Assim, “o

maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos”. (PIOVESAN, 2010).

Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional. (PIOVESAN, 2010, p. 123).

Isto é, no que tange a historicidade dos direitos fundamentais, genericamente falando, o século XX fica marcado pela flagrante e necessária preocupação de internacionalização dos direitos humanos, e não mais restritos a direitos consagrados em um ou outro ordenamento jurídico. Evidente a premissa de que, primeiro, é necessário internacionalizar, para daí positiva-los.

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos. (PIOVESAN, 2010, p. 123).

Como consequência do exposto supra, e mais ainda, das atrocidades do nazismo, o Tribunal de Nuremberg (1945-1946), muitas vezes contestado, alavancou ainda mais esse processo de internacionalização. Tendo suas normas fixadas no Acordo de Londres de 1945, teve a competência de julgar os líderes do partido nazista bem como seus oficiais militares. Inseridos neste arcabouço de crimes estavam os crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, aplicando, para tanto, o costume internacional que fora fixado como parâmetro no Acordo de Londres. (PIOVESAN, 2010).

O significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de internacionalização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a ideia da necessária limitação da soberania nacional como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional. Testemunha-se, desse modo, mudança significativa nas relações interestatais, o que vem a sinalizar transformações na compreensão dos direitos humanos, que, a partir daí, não mais poderiam ficar confinados à exclusiva jurisdição doméstica. São lançados, assim, os mais decisivos passos para a internacionalização dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2010, p. 129)

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, é que sobreveio a afirmação total dos direitos humanos, internacionalmente falando, com a Carta das Nações Unidas de 1945.

A criação das Nações Unidas, [...], demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, [...] e a proteção internacional dos direitos humanos. [...] A carta das Nações Unidas de 1945 consolida, assim, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional. (PIOVESAN, 2010, p. 130 e 135).

Em 10 de dezembro de 1948, é proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (International Bill of Human Rights), criando uma espécie de ética universal a ser seguida pelos Estados, haja vista ter sido aprovada por unanimidade por 48 Estados-membros, com apenas 8 abstenções. (PIOVESAN, 2010).

Ao tratar do alcance universal da Declaração de 1948, observa René Cassin: “Seja-me permitido, antes de concluir, resumir as características da Declaração, elaborada a partir de nossos debates no período de 1947 a 1948. Esta Declaração se caracteriza, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide. Ao finalizar os trabalhos, a Assembleia Geral, graças a minha proposição, proclamou a Declaração universal, tendo em vista que, até então, ao longo dos trabalhos, era denominada Declaração Internacional. Ao fazê-lo, conscientemente, a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direto do Direito das Gentes. Naturalmente, é cidadão do seu país, mas também é cidadão do mundo, pelo fato mesmo da proteção internacional que lhe é assegurada. Tais são as características centrais da Declaração. (...) A Declaração, adotada por unanimidade (com apenas 8 abstenções, em face de 48 votos favoráveis), teve imediatamente uma grande repercussão moral nas Nações. Os povos começaram a ter consciência de que o conjunto da comunidade humana se interessava pelo seu destino”. (PIOVESAN, 2010, p. 141 e 142).

É de se ressaltar, contudo, que evidentemente a Organização das Nações Unidas não era composta por todos os Estados do mundo, mas o alcance de suas Declarações se estendia, e se estende, a todo o ser humano, não importando raça, credo, sexo e, aí demonstrando mesmo o caráter universal, o regime político dos territórios nos quais viessem a incidir. A condição para ser dotado desses direitos era unicamente a condição de ser humano.

Nesse processo histórico de evolução dos direitos fundamentais e internacionalização dos direitos humanos, é inegável a participação do Nazismo. A ruptura com seu legado é justamente a aclamação de que todos os seres humanos são merecedores de proteção à sua dignidade.

Outro fato que insta salientar neste epílogo histórico, é que a declaração Universal de 1948 traz em seu bojo não só aqueles temas pertinentes à ótica liberal, quais sejam, liberdade,

propriedade, mas todo um conjunto de direitos sociais também, açambarcando-os, todos, como elementos básicos e essenciais a condicionarem uma vida digna.

A Declaração universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade de direitos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista [...] Além da universalidade dos direitos humanos, a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade desses direitos, ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais. [...] a Declaração de 1948 estabelece duas categorias de direitos: os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Combina, assim, o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade. À luz de uma perspectiva histórica, observa-se que até então era intensa a dicotomia entre o direito à liberdade e o direito à igualdade. No final do século XVIII, as declarações de Direitos, [...], conjugavam a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduziam aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão. [...] Nesse momento histórico, os direitos humanos surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista [...] a solução era limitar e controlar o poder do Estado [...] Caminhando na história, verifica-se que, [...], ao lado do discurso liberal da cidadania, fortalece-se o discurso social da cidadania, e, sob as influências da concepção marxista-leninista, é elaborada a Declaração dos Direitos do Povo trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1918. Do primado da liberdade se transita ao primado do valor da igualdade. [...] Considerando esse contexto, a Declaração de 1948 introduz extraordinária inovação ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3º a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28). (PIOVESAN, 2010, P. 142-144).

À luz desses esclarecimentos, resta a compreensão de que não há regime econômico que vigore unicamente com o intuito de satisfazer a dignidade da pessoa humana. Mas a história nos mostra que é justamente um pouco de tudo que satisfaz uma condição mínima para que todo ser humano perfaça seu caminho com dignidade. Até mesmo por isso, é que a evolução dos direitos fundamentais, bem como a internacionalização dos direitos humanos e a conceituação destes independem de uma única assertiva. Todo o processo histórico evolutivo os condiciona.

Por fim, tratando-se de um breve viés histórico, interessante a menção de que, ainda que dentro da Segunda Guerra Mundial, o mundo já se preocupava com o que se avizinhava. Menção às artes, sobretudo quanto ao cinema e aquele que se transformaria em um dos grandes gênios artísticos do mundo, Charles Chaplin. No filme norte-americano o Grande Ditador, de outubro de 1940, antes do ingresso dos Estados Unidos da América na Segunda Guerra, Chaplin interpretava uma sátira de Hitler, e ao final do filme proferiu seu último discurso:

O caminho da vida pode ser o da liberdade e da beleza, porém nos extraviamos. A cobiça envenenou a alma dos homens... levantou no mundo as muralhas do ódio... e tem-nos feito marchar a passo de ganso para a miséria e os morticínios. Criamos a época da velocidade, mas nos sentimos enclausurados dentro dela. A máquina, que produz abundância, tem-nos deixado em penúria. Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa inteligência, empedernidos e cruéis. Pensamos em demasia e sentimos bem pouco. Mais do que máquinas, precisamos de humanidade. Mais do que de inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem essas virtudes, a vida será de violência e tudo será perdido. A aviação e o rádio aproximaram-nos muito mais. A próxima natureza dessas coisas é um apelo eloquente à bondade do homem... um apelo à fraternidade universal... [...] E assim, enquanto morrem homens, a liberdade nunca perecerá. [...] Não sois máquina! Homens é que sois! E com o amor da humanidade em vossas almas! Não odieis! Só odeiam os que não se fazem amar... os que não se fazem amar e os inumanos. Soldados! Não batalheis pela escravidão! Lutai pela liberdade! (O GRANDE DITADOR, 1940)

### 1.3 Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais

Ainda dentro de uma perspectiva histórica quanto a evolução dos direitos fundamentais, estes estão situados em três gerações.

A primeira geração afere-se às declarações já citadas, americana e francesa, por serem os primeiros direitos a serem positivados. O que vale ressaltar no tocante a esta geração, é que embora os direitos fundamentais estejam como conteúdo universal em ambas as declarações, eles meramente tem a preocupação com o indivíduo na sua relação com o Estado, ensejando uma liberdade ampla a cada ser humano em relação a propriedade privada, criando uma abstenção estatal em intervir em suas relações. Cumpre salientar que falamos de século XVIII e de uma origem embrionária numa revolução de cunho burguês. Daí a não imposição de direitos sociais como caráter de direito fundamental.

Outa perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de *primeira geração*. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo [...]. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. [...] a preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais. (BRANCO, 2010, p. 309).

Já a segunda geração dos direitos fundamentais abraça os direitos sociais. Tendo em vista que com o alcance do Estado Liberal e a proteção do ser humano individualmente considerado, trouxe, em conjunto com o processo de industrialização e o crescimento

demográfico, muitas disparidades sociais, e consigo um clamor de que o Estado seria o responsável em condicionar aos seus concidadãos uma justiça social satisfatória. Da abstenção do Estado, num primeiro momento, parte-se para a sua reivindicação.

O descaso para com os problemas sociais, [...], associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. [...] Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. (BRANCO, 2010, p. 309 e 310).

A terceira geração dos direitos fundamentais é tida como de caráter difuso. Não são apenas direitos soerguidos para o indivíduo, ou apenas para o conglomerado social. Atestam direitos de toda uma coletividade.

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. (BRANCO, 2010, p. 310).

Estas são as três gerações nas quais estão divididos os direitos fundamentais, sempre observando o caráter histórico evolutivo, afirmando-se de acordo com cada momento. Esta observação é importante para se depreender daí, que não há suplantação de direitos de uma geração em detrimento da outra, mas, sim, que há uma cumulação, complementação e que as três gerações coexistem entre si.

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. [...] A visão dos direitos fundamentais em termos de geração indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se a compreensão. (BRANCO, 2010, p. 310).

#### 1.4 O Direito à Informação como Direito Fundamental (Limites Constitucionais?)

Muito se diz acerca do direito à informação e sobre o seu caráter de direito fundamental. O fato é que a fundamentação legal quanto a informação está inserida logo no Art. 5º da Constituição de 1988, como se vê nos incisos a seguir:

Art. 5º [...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. (BRASIL, 1988, n.p).

Desta forma, como se depreende de sua fundamentação legal, pelo contexto ao qual está inserido, é possível falar em direito a informação como direito fundamental. É importante que se tenha a noção, porém, que o direito à informação o qual é conferido ao cidadão pela Lei Maior, está intrinsecamente ligado a liberdade de expressão, também um direito fundamental.

Além dos incisos citados concernentes ao art. 5º de nossa Constituição, tem-se, também, no bojo do mesmo dispositivo normativo, o inciso IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; - e o Art. 220, *in verbis*:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (grifo nosso)

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988, n.p)

Neste sentido, acentua Paulo Gustavo Gonet Branco:

A Constituição cogita da liberdade de expressão de modo direto no art. 5º, IV, [...], bem como no inciso XIV do mesmo artigo, [...], e também no art. 220, [...]. Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem etc). O grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, mas, de alguma forma, todas elas estão amparadas pela Lei Maior. (BRANCO, 2010, p. 450-451).

Desta forma, resta evidente que a Constituição da República almejou um amplo grau de proteção no que tange a expressão de pensamento e de ideia, não só conferindo status de

direito fundamental, bem como inserindo neste contexto, por exemplo, o direito a informação. Ora, se há liberdade de expressão, se é livre a manifestação do pensamento, é viável que se haja direito de recebê-los.

O direito à informação, portanto, como direito ligado à liberdade de expressão, constitui um direito fundamental oponível em face do Poder do Público, no sentido de coibir a censura, como se denota abaixo:

A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura. Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva – direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a esfera de liberdade do indivíduo. (BRANCO, 2010, p. 452)

Pacífico até aqui é que tais direitos fundamentais têm como sujeito passivo o próprio Poder Público. Logo, o cidadão pode se exprimir livremente, isto é, sem censura, e de igual modo o cidadão tem o direito de recepcionar as informações, seja de cunho científico, artístico ou jornalístico, etc.

Contudo, impõe a tal direito que também sofra limitação, e é importante destacar que essa limitação se dá no tratamento com particulares: “[...] A proibição de censura não obsta, porém, a que o indivíduo assuma as consequências, não só cíveis, como igualmente penais, do que expressou”. (BRANCO, 2010, p. 452).

Desta forma, é previsto pela própria Constituição que uma pessoa que se veja envolvida numa informação transmitida por um veículo de comunicação, por exemplo, a qual enseje uma ofensa a esse indivíduo, tenha direito de resposta, proporcional ao agravo, (BRANCO, 2010).

Assim, “a liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo *status*”. (BRANCO, 2010, p. 457).

A limitação a que se impõe, de previsão constitucional, também de caráter de direito fundamental como se verá, é suscitada no art. 220, Constituição federal, que ao garantir a plena liberdade de expressão, manifestação e informação, e no parágrafo primeiro garantindo que nenhuma lei oporá qualquer embaraço ao exercício dessa liberdade, ressalva, contudo, que isso se dará conforme os incisos IV, V, X, XIII e XIV. Sobre isso:

O constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, [...], admite a interferência legislativa para proibir o anonimato (IV), para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (V), para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (X), para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação (XIII) e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação (XIV). (BRANCO, 2010, p. 458).

A colisão de direitos fundamentais, ao que se depreende, é um dos limitadores à liberdade de expressão, englobando, inclusive o direito à informação.

Tal estudo é importante na medida em que o próximo capítulo deste trabalho discorrerá acerca do populismo penal, bem como sua veiculação midiática. Vê-se necessário compreender que o direito à informação, constitui, de certa forma, além de um direito fundamental, uma limitação à liberdade de expressão, no sentido de que esse direito se refere à informação de qualidade, invocando aqui o disposto no § 3º, II, do art. 220, que induz respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

#### 1.4.1 Do “*in dubio pro societate*” a o Direito à Informação

Superada a noção de direito à informação, acarretando a este status de direito fundamental, bem como limitador da liberdade de expressão, na medida em que aduz direito a “boa” informação, necessário agora promover a busca de correlação deste com o “*in dubio pro societate*”.

Este princípio de natureza processual penal constitui uma espécie de limitação ou contraponto ao *in dubio pro reo*, e informa que, havendo dúvida o juiz receberá a denúncia e também proclamará a pronúncia do réu, em prol da sociedade. (BONFIM, 2010).

Significa que mesmo na ausência de um conjunto probatório suficiente para indicar autoria e materialidade de determinado delito, inda assim, baseado na premissa do *in dubio pro societate*, a denúncia deverá ser recebida; e em semelhante caso, uma vez recebida a denúncia, se ao encerrar a primeira fase do processo penal, ainda inexistir esse conjunto probatório, o réu poderá ser pronunciado, e levado a júri.

Depreende-se daí uma estreita relação entre tal princípio e o direito à informação, vez que é pela sociedade, pelo direito conferido a todos de receber informações (informações aqui pertinentes ao crime; a elucidação do crime) é que se aplica o *in dubio pro societate*.

## 2 POPULISMO, MÍDIA E GARANTISMO PENAL

O populismo, como se verá, em breve síntese, é o discurso hiperpunitivista baseado no senso comum formado à partir dos medos e anseios sociais. (GOMES, 2013).

O estudo do populismo revela, também, uma de suas facetas mais perigosas: o populismo penal midiático, ou seja, a mídia a serviço do discurso populista e como veículo de expansão desse preceito em toda a sociedade.

Contrapondo-se a essas vertentes, tem-se o garantismo penal que visa a outorga de um Estado Penal mínimo, e a efetividade dos direitos fundamentais.

### 2.1 Conceitos

#### 2.1.1 Populismo Penal

Previamente à conceituação de populismo penal, faz-se necessária a remissão histórica dos movimentos de política criminal.

A obra “Populismo Penal Midiático” de Luiz Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida traz um breve resumo sobre a evolução de tais movimentos. A ascensão do Estado do Bem Estar Social - modelo que se orienta pela ressocialização - nos anos 60 e 70, trouxe consigo uma crise com o surgimento de dois movimentos:

- a) o **neoconservadorismo** “que constitui expressão do modelo de um direito penal autoritário” (GOMES, 2013, p. 31), ligado ao modelo conservador vigente até o final dos anos 50, caracterizado pela “confiança na força intimidativa da lei, na imposição do castigo e na segregação proporcionada pela prisão” (GOMES, 2013, p. 31); e,
- b) a **criminologia crítica**, modelo que biparte-se em **abolicionismo**, esta a sua expressão radical, e **minimalismo/garantismo**, este que “foi precedido do chamado ‘neo-classicismo político criminal’, que acentuava o papel – relevante – das garantias formais do Estado de Direito” (Silva Sanchez, 2011, apud GOMES, 2013, p. 32)

Fica evidente, dentro deste breve viés histórico, que há, sobretudo no Brasil, o predomínio do neoconservadorismo, e que nele está inserido o conceito de populismo penal, que segundo a obra de Luiz de Flávio Gomes é:

O saber técnico acadêmico [...] chama de populista o método hiperpunitivista que se vale do senso comum, o saber popular, as emoções e as demandas geradas pelo delito e pelo medo do delito, para conquistar o consenso ou apoio da população em torno da imposição de mais rigor penal, como ‘solução’ para o problema da criminalidade. [...] trata-se de um discurso político do inconsciente coletivo, que descansa sobre uma criminologia arcaica do homem criminoso [...] e que explora a insegurança pública como fundamento para a adoção de mais medidas punitivas [...] facilitadas pelas representações sociais do infrator, ou seja, não é somente a lei que estabelece o que é o crime, também as imagens que lhes são atribuídas socialmente. (GOMES, 2013, p. 27 e 28)

E, ainda, entende-se por populismo penal, além de sinônimo de hiperpunitivismo, como oriundo de uma economia penal excessiva e grotesca. (GOMES, 2013)

Diante deste conceito, nos deparamos com um sistema perigoso e arcaico, praticado desde que o mundo é mundo, nas suas concepções mais grotescas, que nos remete dentro de um panorama histórico mundial, ressalvada as devidas proporções, a modelos jurídicos como Código de Hamurabi, por exemplo, e outros vigentes na Idade Média.

Senão, vejamos: Se o populismo penal é o método hiperpunitivista que se vale do senso comum, o “olho por olho, dente por dente”, é o que se pede pelo senso comum e o que determina o hiperpunitivismo. Evidente que este modelo se mascara dentro do Estado Social de Direito, não permitindo mais que as mãos do ladrão sejam decepadas, muito embora conceba em vários sistemas penais, a pena de morte, a prisão perpétua e redução de maioria penal.

Corroborando com o parágrafo anterior, vimos recentemente no Brasil a aprovação do relatório da PEC 171/1993 que pleiteará a redução da maioria penal de 18 para 16 anos no que tange a crimes graves. (UOL,...,2015).

Segundo reportagem publicada no portal de notícias on-line UOL (UOL..., 2015), os deputados favoráveis à aprovação do relatório, quando da consumação da sua vontade, saíram do plenário cantarolando “eu sou brasileiro, com muito orgulho, com muito amor” e ainda, segundo a mesma matéria, a declaração do Deputado João Rodrigues (PSD-SC):

[...] disse que não é a favor da redução da maioria penal por "jogar para a torcida" e citou o caso da Indonésia, onde a pena de morte é legalizada. "A indonésia tem 130 pessoas no corredor da morte pelo tráfico de drogas. O índice de homicídios é infinitamente menor que no Brasil. Crimes cometidos por menores são quase inexistentes. Vamos decretar pena de morte no Brasil? Inevitavelmente, é disso que falaremos no futuro", afirmou. (UOL...,2015, n.p)

A simples cantoria descabida dos deputados, remetendo a torcida em jogos de futebol, denota a forte presença do populismo, enquanto vale-se do senso comum, das emoções e das demandas causadas pelo delito.

Ainda nesse sentido de discurso inflamado provocando as emoções sociais, temos as declarações dos deputados André Moura do PSC-SE e Leonardo Picciani PMDB-RJ, que segundo reportagem publicada no site G1, respectivamente, afirmaram: “Nós sabemos que a redução da maioria penal não é a solução, mas ela vai pelo menos impor limites. Não podemos permitir que pessoas de bem, que pagam impostos, sejam vítimas desses marginais disfarçados de menores” (G1..., 2015), e: “O PMDB afirma a sua posição de maioria pela redução da maioria penal, nos crimes especificados. Achamos que a proposta é equilibrada, ela é restrita. A sociedade não aceita mais a impunidade e não deseja mais sentir o medo, o pavor e o receio que vem sentindo no dia a dia.” (G1..., 2015, n.p)

Toda essa manobra política se coaduna com o que bem colocou Luiz Flávio Gomes:

[...] em meados dos anos 80 se afirmava que o delito estava ficando sem controle, que os ‘remédios brandos’ não funcionavam, sendo necessária uma resposta dura. A crença na punição crescia fortemente, o sistema de justiça penal experimentava aguda crise, o campo penal passou a apresentar um grande mal-estar, os meios de comunicação descobriram que o delito vende, do sistema disciplinar se evoluiu para o sistema de controle, o direito à segurança era visto como derivação do Estado social mínimo e os políticos começaram a perceber o rendimento eleitoral com o tema da insegurança pública: todos os ingredientes do populismo penal estavam prontos. (GOMES, 2013, p 34)

Ou seja, mesmo afirmando não ser a redução da maioria penal a solução para a criminalidade, o deputado André Moura pugna por ela, pois, como vimos na feliz concepção de Luiz Flávio Gomes, a insegurança pública rende nas urnas àqueles que “lutam” contra ela.

Nesse viés sócio-político está contido a ineficácia do Estado onde enxerga-se o seguinte panorama: impunidade, clamor das massas, punição a qualquer custo e aniquilação das garantias constitucionais, necessariamente nesta ordem.

Logo, o populismo penal torna-se o contraponto ao minimalismo/garantismo, partindo do pressuposto da hiperpunição como resposta e/ou solução ao problema social da criminalidade:

[...] populismo penal de um lado (hiperpunitivismo) e direito penal mínimo/garantista de outro. [...] enquanto o primeiro grupo joga suas energias na expansão do sistema penal, no punitivismo a todo custo, no Estado social mínimo, na tese de que crime é produto de uma decisão individual, na conservação da ordem social dada, na orientação de que o crime se resolve com mais punição, com mais rigor penal (populismo penal), o segundo propugna pelo minimalismo penal, com todas as garantias, pelo estado penal mínimo, pelo enfoque do crime como problema individual e comunitário, pela concepção de que a ordem social é injusta e conflitiva, que o crime se resolve com mais justiça social, etc (GOMES, 2013, p 34-35).

E, aproveitando o tema para expor conjecturas próprias quanto à redução da maioria penal, é importante enfatizar a última parte do trecho supra citado – “o crime se resolve com mais justiça social”. Não se deve acreditar em cárcere para menores, mas sim, em educação para os mesmos, vez que falamos de garantismo, e o Art. 6º de nossa Carta Magna tão bem nos assegura isso.

Afirmativamente, não há como afastar a criminalidade da injustiça social, haja vista ser um problema de ordem social, e que, estatisticamente, o crime se desenvolve com mais facilidade em comunidades e países onde a justiça social é mínima ou até mesmo nula.

Um estudo feito pelas Nações Unidas:

“[...] estabelece uma relação clara entre crime e desenvolvimento. Os países com grandes disparidades nos níveis de renda estão 4 vezes mais sujeitos a serem atingidos por crimes violentos do que em sociedades mais equitativas. Por outro lado, o crescimento econômico contribui para evitar crimes violentos [...] a criminalidade crônica é ao mesmo tempo causa e consequência da pobreza, da insegurança e do sub-desenvolvimento. ‘as políticas de prevenção ao crime devem ser combinadas com o desenvolvimento econômico e social, e a governabilidade democrática, baseada no Estado de Direito’, disse o Diretor executivo da UNODC, Yuri Fedotov. (NACOESUNIDAS,...., 2014)

Neste cenário, cresce a atuação do populismo penal:

[...] para quem conheceu o denominado estado de Bem-Estar Social o populismo penal constitui, efetivamente, um novo paradigma punitivo orientado para a repressão. Esse novo paradigma foi iniciado pelo movimento da lei e da ordem, que atualmente se converteu no populismo penal midiático, porque legitimado pela mídia [...] nos países periféricos historicamente hierarquizados e extremamente desiguais, violentos e com altas taxas de corrupção, como é o caso do Brasil, o populismo penal, protagonizado, sobretudo, pela mídia, não pode ser percebido como fonte de ‘um novo ponto de vista sobre a penalidade’, mas sim, como fator de incremento [...] de um velho e desgastado modelo punitivista repressivo [...] típicos de um fundamentalismo penal sem precedentes nos últimos 30 anos, que está irradiando suas negatividades no sentido da degeneração completa do projecto sistema penal garantista. (GOMES, 2013, p 36).

Repousa sobre este último parágrafo, o indício de umas das vertentes mais poderosas do populismo, que é o populismo penal midiático, metamorfose que estudaremos mais neste capítulo, e de certa forma, paralelamente, no capítulo seguinte.

### 2.1.2 Garantismo Penal

No que tange ao garantismo penal, é necessário compreender a dicotomia existente nos modelos penais, como visto anteriormente: Minimalismo garantista ‘vesus’ populismo penal (GOMES, 2013):

Contra o velho sistema punitivista conservador que dirige sua atenção contra os marginalizados [...], encarando-os como inimigos (os “outros” ou “eles”), que não podem desfrutar dos mesmos direitos dos burgueses integrados, surgiu o movimento político-criminal do minimalismo/garantista. No plano criminológico e político-criminal, nas últimas três décadas, o centro dos debates foi regido por duas racionalidades inteiramente opostas: minimalismo *versus* expansionismo, garantismo *versus* populismo penal. (GOMES, 2013, p. 186)

O modelo penal minimalista/garantista, contudo, “nasce a partir das propostas elaboradas por incontáveis filósofos [...] merecendo destaque evidentemente Baratta (em relação ao minimalismo) e Ferrajoli (no que diz respeito ao garantismo)” (GOMES, 2013, p. 186).

Neste contexto, temos uma linha que “propugna por um direito penal ‘mínimo’, isto é, ‘mínima intervenção, com máximas garantias’. É o que defende Ferrajoli, Hassemer e Muñoz Conde, Zaffaroni, Cervini e, principalmente, Alessandro Baratta”. (GOMES, 2013, p. 186).

Assim, tem-se como características do minimalismo garantismo:

- a) *Atribuição e eficácia limitada aos seus próprios instrumentos de intervenção.* A norma e as sanções penais são subsistema do complexo sistema de controle social. A intervenção penal só é adequada e eficaz para condicionar os comportamentos sociais se os objetivos do controle penal coincidem com aqueles do resto dos subsistemas (família, escola, opinião pública, etc.) e interagem positivamente com estes. Portanto, a intervenção penal não pode operar como instrumento promotor de transformações sociais [...].
- b) *Autolimitação de seu âmbito de atuação à tutela das condições essenciais para a convivência.* Diante da tendência expansiva de outros setores do ordenamento jurídico, o modelo penal garantista propõe uma intervenção restrita às infrações mais graves dos bens jurídicos mais valiosos e somente quando não existam outras estratégias não penais mais eficazes [...].
- c) *O garantismo.* O modelo examinado, herdeiro do liberalismo político, delimita rigorosamente os pressupostos e consequências da intervenção penal, para proteger os direitos e liberdades de qualquer cidadão dos possíveis abusos, irregularidades e arbitrariedades do poder punitivo.
- d) *Limites transcendentais ao poder punitivo.* Diante de um conceito utilitarista ou prevencionista extremos, o modelo penal garantista estabelece que os efeitos sociopessoais perseguidos pelo castigo (com sua cominação, imposição e execução) não podem contradizer exigências elementares de humanidade, proporcionalidade etc., que operam como limites intransponíveis e transcendentais do poder punitivo do Estado. (GARCÍA-PABLOS e GOMES, 2010, p 439, *apud*, GOMES, 2013, p. 188 e 189).

Desta forma, o Estado minimalista deve se orientar pela sua limitação quanto à forma de instrumentalizar sua intervenção, restringindo seu âmbito de atuação aos delitos mais graves que ofendam os bens jurídicos mais valiosos, após esgotar as estratégias não penais, pois se rege pelo bem maior que são os direitos e liberdades (Art. 5º, Constituição Federal) conferidos a todos os cidadãos, dentro de uma proposta humana e proporcional.

Não devemos nos esquecer, e para tanto, sempre bom rememorar a história, e vincular o holocausto da 2ª Guerra Mundial a toda essa revolução humanística, por assim dizer, à partir de então. Para tanto, haverá a oportunidade contextual coerente.

Mas dentro disso, temos então o garantismo, que:

De conformidade com Ferrajoli (1995, p. 91 e ss), garantista é o sistema penal em que a pena se afasta da incerteza e da imprevisibilidade, condicionada exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo. *Mínima intervenção penal com as máximas garantias*: nisso consiste o garantismo de Ferrajoli. (GOMES, 2013, p. 189).

Destaque-se o seguinte: “Máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo”. O objetivo maior é condicionar a pretensão punitiva à tutela da liberdade. Observa-se, em primazia, que todos os cidadãos são livres. Neste sentido, o Preâmbulo da nossa Constituição Federal, *in verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...] (BRASIL, 1988, n.p.)

Não obstante, o Art. 3º do maior diploma pátrio, elege a construção de uma sociedade livre como objetivo fundamental da república.

Resta notória a forte pretensão, já no âmbito nacional, de assegurar e proteger a liberdade, como valor supremo, pois esta constitui um dos maiores, senão o maior, elemento da vida. Com efeito, fica o questionamento retórico: haveria, ou pode haver pleno gozo da vida sem a liberdade?

A tutela penal visa à proteção dos bens jurídicos, mas esta não pode transcender os limites da “humanidade e proporcionalidade”. Não pode simplesmente cassar o direito de liberdade de um cidadão sem o devido processo legal, norteado pelo *in dubio pro reo* e a presunção da inocência, ampla defesa e o contraditório, etc, e remediado pelo *habeas corpus*.

Este é o ponto que o garantismo visa alcançar, e dentro disso, os dez axiomas de Luigi Ferrajoli, a saber:

- a) *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime).
- b) *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei).
- c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade).
- d) *Nulla necessitas sine iniuria* (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico).
- e) *Nulla iniuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta).
- f) *Nulla actio sine culpa* (não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa).
- g) *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo legal).
- h) *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação; *nemo iudex sine actori*).
- i) *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas).
- j) *Nulla probatio sine defensione* (não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa). (GOMES, 2013, p. 189 e 190).

Assim temos, segundo Ferrajoli:

Denomino *garantista* [...] o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas [...] não deriváveis entre si [...] denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por ele expressas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade* [...]; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicioriedade* [...]; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* [...]; 10) princípio do *contraditório* [...] estes dez princípios [...] definem [...] o modelo *garantista* de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal. Foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”. Já foram posteriormente incorporados, mais ou menos íntegra e rigorosamente, às constituições e codificações dos ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno *Estado de direito*. (FERRAJOLI, 2010, p. 91 e 92).

Percebe-se, que não coincidentemente, conhecemos muito dos axiomas de Luigi Ferrajoli através do estudo de nosso ordenamento jurídico. Como exemplo, os dois primeiros axiomas *nulla poena sine crimine* e *nullum crimen sine lege*, podem ser conferidos no inciso XXXIX, do Art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988, n.p). Semelhante disposição traz o Art. 1º do Código Penal que se consumaram nos princípios da anterioridade e legalidade.

A seguir, os axiomas trazem que não existirá lei penal sem necessidade e que esta necessidade não se justificará sem ofensa ao bem jurídico; por conseguinte, tal ofensa deve ser precedida de uma conduta (ação ou omissão, Art. 13, Código Penal – relação de causalidade). Na conduta, porém, para que seja “penalmente relevante”, tem que se constatar a culpa (culpa ou dolo, Art. 18, Código Penal).

Por consequência, não haverá culpa sem o devido processo legal (Art. 5º, LIV, Constituição Federal/88); e para este processo deve haver uma acusação formal consubstanciada por provas e que contra estas provas existirá o direito irrevogável de defesa (Art. 5º, LV, LVI e LVII, Constituição Federal/88).

Nota-se, que todos os axiomas estão amarrados, atrelados entre si, e que eles estão presentes no bojo da carta magna brasileira, assegurados por cláusula pétrea (Art. 60, § 4º, Constituição Federal/88). Por tudo isso, podemos, sim, afirmar que, essencialmente, o Estado que se constitui Democrático e de Direito (preâmbulo da Constituição/88) em que vivemos é soerguido nos pilares do garantismo.

Ademais, a noção que se deve ter a respeito do garantismo, num contexto geral, e não obstante, quanto ao ordenamento jurídico, é que estes são postos para todos, sem distinção (princípio da igualdade, Art. 5º, *caput*, Constituição/88), no sentido de que tanto ônus (aplicabilidade da lei ao caso concreto de determinado indivíduo) quanto o bônus (a outorga do garantismo) estão postos a todos os cidadãos do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Luis Flávio Gomes ao citar Sanchez, afirma que para se observar o delito como fenômeno comunitário que é, saindo de uma perspectiva proporcionalista, só será possível se analisar o criminoso na primeira pessoa, ou seja, um de nós, e não um dos outros. (GOMES, 2013).

Todos estão aptos a romper com o contrato social cometendo algum crime ou não observando a lei de alguma forma. Exemplo disso: a famosa “sky gato” (TV por satélite); produtos “fakes”, ou de uma forma não eufemística, piratas; homicídio em legítima defesa e etc. Compreendendo isso, compreender-se-á o garantismo, pois todos podem ser o criminoso um dia.

## **2.2 Características dos Populismos Penais**

Sabe-se até aqui, que o populismo penal deriva do conservadorismo expansionista do âmbito de atuação da política criminal.

Insta salientar que o populismo penal subdivide-se em conservador clássico e o disruptivo. Enquanto o primeiro orienta-se pela discriminação, pela punição dos marginalizados, “inimigos” que cometem crimes estereotipados, violentos e etc., o segundo se atém, quase da mesma forma, porém, contra os crimes ditos do colarinho branco, dos “poderosos”, como a corrupção, a lavagem de dinheiro, etc. ambos se orientam pela discriminação de uma determinada classe (marginalizados e poderosos) e selecionam estes indivíduos inseridos neste contexto para trata-los como inimigos não detentores de direitos. (GOMES, 2013)

Contudo, aqui nos cuidaremos do populismo penal conservador clássico, que é mais uma visão geral sobre o assunto, constituindo melhor o objeto do presente trabalho.

Esta apresentação do populismo penal possui algumas características, a saber: demanda de maior rigorismo penal diante do sentimento coletivo de insegurança e de medo dos crimes tradicionais clássicos; desestorização da realidade; reflexão de um novo saber criminológico com discurso hiperpunitivista; protagonismo da delinquência convencional e favorecimento da criminalidade dos poderosos; exacerbação dos interesses das vítimas; profanação da criminalização; revalorização da punição; confiança no poder punitivo e desprezo pelas garantias (eficientismo penal); implicação direta da sociedade na luta contra o crime; evolução do paradigma etiológico ao paradigma criminológico; luta contra a criminalidade como exercício de um direito democrático; controle midiático da criminologia e da política. (GOMES, 2013)

Algumas das características supra, serão agora estudadas:

### 2.2.1 Demanda de maior “rigorismo penal” diante do sentimento coletivo de insegurança e de medo dos crimes tradicionais (clássicos)

O medo de ser vítima de crimes violentos estereotipados, como os patrimoniais, contra a vida e sexuais, faz com que a população peça por mais rigor penal acreditando estar aí, a solução do problema. Atrelado a isso, existe a mídia, os veículos de comunicação que ajudam a construir ainda mais o sentimento de insegurança; e, também, os políticos que viram no tema uma forte arma eleitoral. Desta forma, vendem a ilusão de que o maior rigorismo penal seria a solução para o problema, e não meramente um paliativo. Dentro deste contexto de medo da criminalidade, a sociedade perde o medo do Estado e de seus tentáculos, devolvendo-lhe todas as garantias que foram concebidas, transformando o direito penal em “arma política”. (GOMES, 2013)

O medo do delito e o sentimento de insegurança têm influenciado muito negativamente as políticas criminais da pós-modernidade, gerando atitudes sociais de extremo rigor [...] o discurso e a técnica expansionista do populismo penal, ao depositarem enorme esperança no bom funcionamento do sistema penal, transmitem a sensação de acreditar nos benefícios mágicos do sistema penal [...] assistimos a um verdadeiro anti-iluminismo, liderado pelo vigente modelo político-criminal populista, de forte orientação antigarantista [...] o cidadão da moderna sociedade de risco [...] demanda fundamentalmente do Estado segurança e eficácia na luta contra o delito. Já não parece temer ao Leviatã, nem lhe preocupam seus possíveis excessos e extralimitações. (GOMES, 2013, p. 132 e 133).

### 2.2.2 “Desestorização” da realidade (Descontextualização histórica do problema e busca de consenso social)

A realidade criminal aqui é completamente desconectada da história. Tanto de maneira política quanto midiática, o que se evidencia é uma mera fotografia superficial. O crime jamais é contextualizado, investigado a fundo nas condições sociais como educação, cultura, renda, oportunidades. O crime é investigado individualmente, todos são observados de maneira individual, como se as mesmas oportunidades fossem concebidas a todos os cidadãos. A causa do problema nunca é atacada, e o consenso se assemelha a teoria da maçã podre, onde se acredita que isolando o criminoso, e somente com isso, extirpará o crime. (GOMES, 2013)

Tanto o processo judicial como o jornalismo populista nunca vão à raiz do problema. Dão só uma fotografia da realidade, não da história. [...] o jornalismo populista encontra correspondência, no plano jurídico, no modelo do jurista legalista, que é um fotógrafo normativo, ou seja, só procura interpretar a letra da lei sem contextualizá-la com a constituição ou com os tratados internacionais. Para o jornalismo populista não existem diversidades sociais, classes sociais antagônicas [...] o que existe é uma legalidade violada. [...] a forma consensuada de focar a realidade segue a mesma lógica da teoria da maçã podre, ou seja, [...] eliminando-se do convívio social um determinado criminoso, tem-se o condão de não contaminar os demais. O enfoque, como se vê é sempre individual, isolado, particular. [...] o processo caracteriza-se pelo consenso, não pelo conflito, pelo enfoque superficial e abstrato da realidade, não pela sua historicidade.[...] o que ocorre na realidade são pessoas excêntricas que deliberadamente fogem da legalidade. O processo criminalizador tem por fundamento a estigmatização social de algumas classes ou de alguns dos seus segmentos. (GOMES, 2013, p. 135 e 136).

### 2.2.3 Exacerbação e substantividade dos interesses das vítimas

Há aqui uma inversão de papéis onde os interesses particulares da vítima sobrepujam o interesse público no tocante as intervenções penais. Aliado a isso, existe a exploração da “vitimização” pelo poder midiático e político. (GOMES, 2013)

[...] Da neutralização da vítima, que marca as origens do *ius puniendi* e do processo modernos, como instituições públicas caminhamos, em nossos dias, para um novo modelo, de cunho privatizador e antigarantista, no qual a vítima de expressa e se representa por meio de seus próprios interesses gerais; estes se individualizariam e personalizariam por meio das demandas concretas de vítimas, grupos de vítimas, afetados ou simpatizantes. [...] Os interesses particulares das vítimas acabam influenciando os interesses públicos aos quais se relacionam fundamentalmente as intervenções penais e, inclusive, chegam a se contrapor aos interesses do delinquente por um juízo justo e uma execução penal orientada à sua reinserção. [...] Ao pernicioso fenômeno anunciado (“socialização da vítima”) acrescenta-se outro, não menos grave, inseparável da atual obsessão pela segurança e pelo medo do delito [...] refiro-me a uma agressiva emotividade vitimológica que se instala e consolida a vítima em seu *status*, que propaga uma regressiva estratégia vitimaria interessada, explorando a vulnerabilidade [...] em detrimento da positiva integridade pessoal e comunitária diante da adversidade. E que, através de eventuais mecanismos de assistência à vítima, gera-se a dependência prolongada desta e promove uma viciosa adesão ao *status* emocional de vitimização[...] (GOMES, 2013, p. 139 e 140)

#### 2.2.4 Profanização da criminalização

A legislação penal atualmente tem sido influenciada meramente pela chamada “democracia direta”, ou seja, despreza-se a opinião acadêmica, técnica dos operadores jurídicos em detrimento da opinião leiga dos meios de comunicação, da vítima e do popular, isto acaba por acelerar o processo legislativo restringindo o debate acerca dos temas pertinentes, promulgando leis emergenciais ineficazes. Com isso, o que se nota é uma política-criminal influenciada por grupos da sociedade, antes minorias que propugnavam por suas garantias, e que agora clamam pela máxima intervenção estatal antigarantista. (GOMES, 2013)

Atualmente, os agentes sociais que influenciam nas decisões legislativas penais não são os que estudam a matéria. [...] propugna-se, pelo contrário, pela “democracia direta” (ou de “opinião”), cujos portadores são a opinião pública criada pelos meios de comunicação social, a vítima e o povo simples [...] mais vale a opinião profana que a acadêmica [...] o objetivo último é que, na criação e aplicação do Direito, sejam atendidas suas demandas diretamente, sem a mediação de intermediários e peritos capazes de ponderar as implicações complexas de qualquer decisão político-criminal. Tal dinâmica populista acelera o tempo legislativo, elimina ou restringe os debates elementares [...] a “democracia direta” empobrece o conteúdo das decisões ao marginalizar os peritos, mas conecta diretamente os governantes com as demandas populares [...] a política-criminal da pós-modernidade se encontra muito influenciada pelos [...] grupos e subgrupos emergentes: organizações ecológicas, feministas, de vizinhos, de consumidores, pacifistas, contrários à globalização etc. todos eles clamam por uma crescente e eficaz intervenção do Direito Penal para garantir a defesa dos interesses sociais que representam [...] (GOMES, 2013, p. 140 e 141)

### 2.2.5 Confiança ilimitada nos agentes do poder punitivo e desprezo pelo sistema de garantias que o controla (eficientismo penal)

Atualmente, há uma opinião geral de que vale a pena ter reduzido ou até mesmo minguido as garantias e cautelas em prol de um efetivo sistema legal, sobretudo, penal. Cresce esta tendência e, notadamente, o medo do crime é maior que o medo de um Estado não garantidor. Desta maneira, neste cenário desolador, o legislativo privilegia as demandas da sociedade, convertendo os princípios limitadores do poder punitivo em “tigres de papel”, vez que não são observados por juízes e legisladores. Uma pesquisa nacional do núcleo de estudos da violência da USP, em 2010, comprova que a sociedade aceita a mitigação de suas garantias em prol de uma investigação policial. Os direitos e garantias foram relativizados pela população, o que constitui um perigo concreto. (GOMES, 2013)

O tradicional modelo garantista de intervenção penal procura delimitar o âmbito legítimo de atuação dos poderes públicos, para evitar perigosos excessos na persecução dos delitos e execução das penas, em prejuízo dos direitos e liberdades individuais. Hoje, entretanto, as atitudes sociais têm experimentando uma mudança sem precedentes nos sistemas democráticos. Generalizou-se a opinião de que vale a pena renunciar às cautelas e prevenções clássicas em prol de uma maior *efetividade* e rendimento do sistema legal, em resposta à criminalidade. [...] o cidadão não parece temer as possíveis extralimitações daqueles que exercem as funções repressivas, nem se sente tocado diretamente pelos abusos a que possa estar submetido, nem reivindica que conjurem tais riscos. [...] as garantias convertem-se em requisitos formais ou burocráticos prescindíveis. [...] os poderes públicos não valoram o custo nem as consequências da intervenção penal, preocupados exclusivamente com obter o consenso social que dê estabilidade ao sentimento de segurança coletiva [...] (GOMES, 2013, p. 143 e 144)

### 2.2.6 Quase absoluto controle midiático da criminologia e da política criminal

Esta característica é a que se nomeia populismo penal midiático, que, dentro dos países periféricos como os da América Latina, tomou posse da questão criminal, norteando as políticas criminais ali constituídas, atuando como: explorador do emocional popular, dramatizando o clamor da sociedade e aguçando o sentimento de vingança coletivo contra o crime; cria um espetáculo em cima da insegurança e do medo, dramatizando a violência, o que diretamente causa reformas legislativas de improvisado e emergenciais; incentiva a inobservância de “princípios limitadores do direito penal”, no sentido de proferir críticas à Justiça quando da execução de leis penais tidas como benignas, até mesmo manchando a reputação dos “atores jurídicos” que as executam, estigmatizando-os como defensores dos “direitos humanos dos bandidos”, etc. (GOMES, 2013)

[...] Os meios de comunicação se apoderaram da questão criminal, emprestando ao populismo penal uma conotação política e social muito singular, visto que procuram subordinar o saber criminológico a um determinado modelo de estado e de sociedade. *Instrumentalização do poder punitivo pela mídia.* [...] Nos países periféricos, que nunca conheceram o estado de bem-estar, o propósito é o de preservar a tradição autoritária das classes dominantes contra as classes subjugadas, apoiada, muitas vezes, por fortes setores da mídia. *Instrumentalização da mídia pelo poder econômico* [...] o sistema penal foi instrumentalizado pelo populismo penal midiático e este, por sua vez, é instrumentalizado pelos interesses das elites que governam a nação que lutam pelo modelo de sociedade que assegure seus privilégios em detrimento da maior parte da população excluída. (GOMES, 2013, p. 149-150).

Isso reflete negativamente na sociedade, que segundo a Pesquisa Nacional do Núcleo de Estudos da Violência da USP, realizada por amostragem domiciliar, em 11 capitais brasileiras, um grande número de pessoas concordou com as assertivas: o Judiciário de preocupa demais com o direito dos acusados (31,7%); um grande número de pessoas escapa da prisão por brechas nas leis (53,7%); o juiz deve permitir a prisão provisória dos suspeitos de crimes sérios (47,7%). E outro grande número de pessoas, 36,1%, discordou da seguinte assertiva: melhor deixar 10 pessoas culpadas ficarem livres do que errar condenando uma pessoa inocente. (GOMES, 2013)

Nota-se, assim, uma relativização por parte da população do princípio da presunção de inocência, positivado no Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal [...] na mesma pesquisa identificou-se que a população se mostra mais tolerante com a prática de tortura na obtenção de provas, com atitudes arbitrárias realizadas pela polícia [...] no combate ao crime, e ainda com a renúncia a seus direitos e garantias para facilitar investigações. (GOMES, 2013, p. 153).

De igual modo é negativo o reflexo social, pois:

Espantoso observar que a população não vislumbra os direitos e garantias fundamentais como protetores dos cidadãos igualmente, já que entende que para o *cidadão de bem* valem as proteções legais em toda a sua completude, mas para o *bandido* estas devem ser minimizadas [...] o populismo penal conservador midiático, em suma, na medida em que busca o consenso ou apoio popular para o rigorismo penal, é o discurso que melhor catalisa as práticas e irracionalidades do modelo criminológico e político criminal predominante no Brasil [...] desde as últimas décadas do século XX [...] cuida-se de um saber criminológico que deve ser submetido a severas críticas e revisões, porque ignora (a) o extermínio de milhões de pessoas, sendo que esses mortos devem ser ouvidos [...] (b) que a prevenção funciona melhor que a repressão, (c) que não existe sociedade civilizada sem respeito às garantias jurídicas, aos direitos humanos e à Justiça social. (GOMES, 2013, p. 153).

Neste diapasão, resta notório que o populismo penal, em sua característica midiática, constitui um verdadeiro veneno ao Estado democrático de direito, vez que, como visto,

coaduna com o emergencialismo legislativo e a aniquilação, em termos gerais do que foi dito no tocante a sua forma de atuação, dos princípios garantidores conferidos ao cidadão.

Ademais, semeia na mente da sociedade a ideia de que tais garantias são malélicas, pois também são conferidas aos que deturpam (suspeitos, acusados) a lei, ao ponto de renunciar seus direitos, criticar duramente o Judiciário quando este concede a lei garantista, e apoiar a ostensiva demasiada e arbitrária da polícia.

O populismo penal midiático supervaloriza o crime e mexe com a comoção social, o que só faz crescer o sentimento vingativo a todo e qualquer custo.

Estes são, dentre outros, as principais características do populismo penal, e a forma como ele atua na sociedade. Impossível não destacar o papel da mídia dentro desse processo, bem como, da política de maneira geral. A primeira age, como já mencionado, como uma espécie de mantenedora da supressão de uma pequena classe dita superiora, com a estirpe de consolidar um modelo social que lhes assegure os privilégios em detrimento da maior parte de população excluída; e o segundo no sentido de ter benefícios eleitorais ao “guerrearem” contra o crime. Este, como já sabido, é uma ótima plataforma eleitoral.

### **2.3 Do garantismo ao populismo penal**

A história mostra que por séculos o homem lutou por mais direitos e maiores garantias dentro do cenário do Estado Absolutista, até mesmo remontando a épocas inda mais remotas.

Desta luta irrompeu o Iluminismo no século XVIII, culminando com a ascensão burguesa e o Estado Democrático de Direito. Mesmo assim, o modelo de estado garantista (ou mais garantista que o anterior) sofreu com várias instabilidades, cite-se como exemplo: czarismo, URSS (mesmo que a transição de um para o outro tenha sido pela via revolucionária), nazismo e fascismo, ditaduras populistas da América Latina, etc.

Atingiu, contudo, nas décadas de 70 e 80, nos chamados países centrais (Europa e EUA), o chamado Estado do bem-estar social. (GOMES, 2013)

A questão que se depreende deste contexto, é: como se deu o regresso a praticamente o *status quo* pré-iluminismo? Pois, se o que se buscava eram mais garantias, e agora chega ao ponto da sociedade nega-las, pedindo por uma maior intervenção estatal através de uma de suas mais poderosas armas, tal como o direito penal, o que se tem é um regresso.

Interessante abordar, porém, que o Estado de Bem-Estar foi alcançado somente nos países centrais. Nos países periféricos, dentre os quais está o Brasil, nunca se vislumbrou tamanha evolução, de modo que nestes países o populismo penal configura não um

rompimento, como se percebe na Europa e nos E.U.A, mas sim, uma releitura, uma metamorfose, de um sistema que sempre vigorou.

Neste sentido:

Mas esse populismo penal, que constitui hoje um nítido ponto de intersecção entre praticamente todos os modelos penais punitivos do planeta globalizado, vem cumprindo funções distintas [...]: nos países centrais [...], que chegaram a experimentar as benesses do Estado de Bem-Estar Social, o populismo penal [...] representa uma ruptura do sistema penal precedente. Do estado social se passa para o Estado penal. Cabe aqui falar em substituição do sistema penal *welfarista* pelo sistema penal *populista* [...]. Nos países periféricos autoritários [...] o discurso do populismo penal (especialmente o midiático) vem cumprindo outro papel: o de exacerbação do clássico sistema penal autoritário, o de incremento do controle penal injusto, o do agravamento da política de extermínio [...], o da preservação dos privilégios de casta, a permanência da crueldade sistemática, etc. (GOMES, 2013, p. 185-186)

Portanto, no que tange ao Brasil, especificamente, não houve uma transição do Estado bem-estarista, ligado ao garantismo ou com explícitos conceitos garantistas, para o populismo penal. O que se tem, sim, é uma “exacerbação” do já conhecido autoritarismo penal. Esta é a dura realidade enfrentada no Brasil, onde há conhecimento quanto aos conceitos garantistas, imposição constitucional de tais conceitos, contudo, com eficácia nula ou prejudicada por uma política onde visa preservação de benefícios para uma mínima classe, nos moldes do populismo penal, conforme já visto.

## 2.4 Do Populismo ao Fundamentalismo Penal

No Brasil, onde já se imperava o discurso populista oriundo de um sistema penal autoritário, e com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, estabeleceu o embate ideológico entre populistas penais e minimalistas/garantistas. “A proeminência, claro, em termos práticos, vem sendo e muito provavelmente será dos primeiros. Mas é preciso romper com o paradigma do populismo penal.” (GOMES, 2013, p. 192).

Contudo, no que tange aos chamados crimes hediondos, não se verifica uma diminuição quanto à sua prática, evidenciando o fracasso do modelo populista. “Faz-se necessário decifrar o dilema (que também é do brasileiro) entre a barbárie e a civilização, começando por compreender as aporias estabelecidas entre a ‘cultura jurídica interna’ e a ‘cultura jurídica externa’”. (GOMES, 2013, p. 192).

A distinção entre essas duas modalidades de cultura jurídica (interna e externa) foi feita por Lawrence Friedman (*apud* Monzon:2005, p.31). a primeira [...] consiste no

conjunto de crenças, opiniões e expectativas dos acadêmicos e operadores jurídicos, enquanto a segunda [...] é a que possui os demais indivíduos (incluindo-se, aqui, evidentemente, os operadores midiáticos.) a primeira se conquista por meio das escolas oficiais e é controlada pelo Estado. A segunda surge nas ruas, nas seções dos jornais e das televisões, nos rádios ou na internet, em suma, no mundo do ensino extraoficial, e não conta com nenhum controle do estado. (GOMES, 2013, p. 192-193).

A cultura jurídica externa, na medida em que ela completa a interna, é, por demais, útil, pois não há como mais separar a influência da mídia sobre as normas jurídicas. O problema surge quando aquela substitui esta, ou difundi preceitos distintos. Atuando desta forma há o risco iminente de implementação de um fundamentalismo penal, rompendo com o sistema legal, com a constituição, promovendo um discurso da violência fundamentada na ânsia vingativa da sociedade, promovendo o fim das garantias jurídicas, quebra de cláusulas pétreas, promulgação (ou melhor, outorga) de penas proibidas (como a pena capital, por exemplo), chegando até ao extermínio dos direitos humanos, sobretudo, dos ditos “marginais”. (GOMES, 2013)

Neste panorama catastrófico, de anomia, inclusive, chegar-se-á ao ponto de erguer a bandeira de que “a violência feroz ou que a política do ‘olho por olho, dente por dente’ seja a única ‘solução’ para a desordem social, para mudar essa realidade injusta”. (MONZÓN, 2005, *apud*, GOMES, 2013, p. 193).

No tocante a esta ameaça do fundamentalismo penal, faz-se necessário contrapor-se aos seus malefícios, e não faltam estudos que ataquem a política criminal populista. Em especial, os informes “Segurança cidadã e Direitos Humanos”, da ONU, e “Justiça Juvenil e Direitos Humanos”, da OEA (GOMES, 2013), sobre o grau de eficácia da política populista:

Ela não só não reduziu a delinquência como agravou a violência no continente latino-americano, seja porque para ‘poder aplicar esses planos (bélicos) contra o crime abandonaram-se as medidas de prevenção’, seja porque aumentou consideravelmente a intolerância, seja, enfim, porque foram drasticamente reduzidas as liberdades constitucionais [...]. A maior prova do agravamento da situação reside no seguinte: os três países mais violentos do mundo hoje estão situados no triângulo norte da América Central (Honduras, Guatemala e El Salvador), que desde o princípio deste século adotou o discurso do populismo penal como forma de reação à criminalidade. Analisando-se qualquer indicador da violência brasileira (por exemplo: de 11,9 homicídios para cada 100 mil habitantes, em 1980, contra 27,3, em 2010) não há como não admitir que, [...], foram inócuas [...] as medidas puramente repressivas guiadas pela política populista, que conduziram não só à militarização das grandes cidades, [...], favorecendo o nascimento de organizações criminosas [...]. (GOMES, 2013, p. 193-194).

O discurso fundamentado no medo, como o é o populismo penal, e como notório está, é o que promove a violência cada vez mais emergente, e, por conseguinte, alcançando o

fundamentalismo penal, baseia-se, para tanto, na alarmante e flagrante impunidade – no Brasil, cerca de 4 a 5% dos crimes investigados, são elucidados e resultam em condenação (GOMES, 2013) – que só faz crescer o clamor por aumento de penas.

Contudo, a conclusão é lógica no sentido de que aumento de pena, criação de novas leis penais, nada disso resolve a impunidade. Não há que se falar em aumento de pena quando o sistema é falho, sucateado, ultrapassado. A solução para a impunidade se dá: a) pelo combate ao crime organizado; b) maior efetividade da Justiça Criminal; c) desenvolvimento de programas de prevenção do delito e redução da marginalização social. (GOMES, 2013).

Em vez disso, torna-se mais sedutor aos olhos do populismo hiperpunitivista e fundamentalista, oxigenar a chama dos clamores populares, sugerindo aumento de penas, mais policiais e mais prisões, sem atacar, de fato, a raiz do problema, quando este deveria ser a premissa do discurso populista.

Como nada funciona [...], mais reivindicação de aumento de pena, porque esse discurso é bastante sedutor. A situação de abandono e de inércia das instituições [...] é generalizada [...]. Se o Estado brasileiro não está em condições de atender as necessidades básicas de grande parcela da população, se não satisfaz as reivindicações populares ou institucionais, só lhe resta uma coisa: o discurso populista (e, a partir dele, algumas práticas decorrentes do discurso populista: novas leis penais, mais policiais, mais prisões etc.). Mas nada disso vem diminuindo a impunidade, muito menos os índices de delinquência e violência. A sensação de impunidade é muito grande e isso, claramente, estimula o cometimento de novos crimes. [...] É preciso estruturar a polícia brasileira para fazer investigações técnicas e inteligentes [...]. (GOMES, 2013, p. 196-197)

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade pelo aumento da criminalidade e sua consequente impunidade, recai na ausência ou fraqueza estatal, onde o discurso populista ganha força. Quando o Estado cede ao populismo, ele não só está reconhecendo o seu fracasso, bem como, de certa forma, embora de conotação paradoxal, transferindo a culpa para o próprio cidadão.

Assim, vão-se minando as garantias, até mesmo no plano processual penal:

O direito penal assim como o processo penal não pode se desvencilhar do trilho da legalidade e do estado de direito, do respeito aos direitos humanos e da Justiça social, sob pena de promover um poder punitivo desequilibrado, prosperando o eficientismo populista sobre as liberdades individuais, que conduz ao fundamentalismo penal. (GOMES, 2013, p. 198)

O êxito do discurso populista consiste no agigantamento do estado penal em detrimento da liberdade e do Estado social. Sendo que, o contrário, o estado bem-estarista, com maiores garantias e tutela dos direitos, é o que mais alcançou um melhor controle da

criminalidade, atingindo índices socialmente suportáveis. Outra questão reside na maior inclusão social, bem como no combate ao crime organizado. Desta maneira atingir-se-á uma menor insegurança coletiva: menos justiça penal e mais justiça social. (GOMES, 2013)

## 2.5 O Problema do Populismo Midiático em Tempos de Populismo Punitivo

Um dos grandes problemas dentro desse contexto de populismo penal, através do qual sempre se apregoa o hiperpunitivismo, conforme já visto, é que ele encontra na mídia uma forma de veículo, senão, uma corrente em versão midiática das suas ideias.

A mídia, como um poder que ela é, exerce, sem sombra alguma de dúvida, influência sobre seus usuários. Por esse aspecto:

Um dos pontos mais instigantes no estudo dos contornos do populismo punitivo refere-se, [...], à influência do populismo midiático na opinião pública, haja vista que, não bastasse veicular diuturnamente um retrato delitivo que não corresponde exatamente à realidade, dissemina amplamente, sob a escora de uma funesta lógica binária, valores antidemocráticos [...], estimulando sentimentos de insegurança e medo. (ALMEIDA, 2013, p. 224-225).

Desta forma, “é altamente temerário quando se considera que a mídia é um agente construtor da realidade social, [...] que poderá escoar na elaboração da legislação penal”. (ALMEIDA, 2013, p. 225).

Baseado nesta premissa é que partirá o estudo dos sub tópicos seguintes, tendo em vista a influência midiática sobre a opinião pública, sua vertente populista, e a construção de realidade em torno dela.

Nunca é demais, falando sobre o assunto, arguir a questão da lei dos Crimes Hediondos, somente para referenciar o exposto aqui.

### 2.5.1 A Mídia e o Processo de Construção da Realidade

A Construção da realidade parte, segundo CERVINI, da maneira de “conhecer” do homem; e numa sociedade de massas, todo o conhecimento do mundo exterior parte, principalmente, dos veículos de comunicação de massa, os *mass media*. (ALMEIDA, 2013).

Desta forma, “esses veículos ‘[...] cumplen la función mediadora y conformadora’ [...] da realidade objetiva, situando-se como interlocutores entre o mundo e o indivíduo, cujo

comunicado será absorvido e, então, convertido em realidade subjetiva”. (ALMEIDA, 2013, p. 226).

Logo, o que se depreende desta situação é o fato de que os seres humanos valem-se das comunicações de massa para extraírem seus conhecimentos acerca do mundo exterior, permitindo assim, que a mídia haja como interlocutora entre aquele que a recebe e o mundo.

Assim:

Por meio dessas premissas, inscritas na teoria da construção social da realidade, tem-se, portanto, um processo cognitivo de edificação da realidade, no qual a mídia se cristaliza como agente principal. [...] Com efeito, a notícia, observa Lippmann, não é o espelho da realidade em si, [...], aquele que a enuncia o faz mediante suas *lentes*, emprestando a mesma, ainda que inconscientemente, seus próprios valores e estereótipos. (ALMEIDA, 2013, p. 226-227).

Para tanto, nunca é demais lembrar o “Caso Escola Base”, no qual todo o processo de construção da realidade se deu através do contido na mídia, que se apegou na sociedade na época, a inverdade e a injustiça acerca dos donos da escola, que ainda em fase de inquérito, baseado numa queixa-crime com fracas evidências, já davam aquelas pessoas como culpadas. O fim disso é bem conhecido: eles eram inocentes mas, não obstante, perderam tudo, de bens a relacionamento; perderam suas vidas! Endividaram-se e ainda ficou o estereótipo de pedófilos.

Neste caso lamentável, a repercussão foi geral. Todos os canais de comunicação veicularam, e da mesma maneira, os donos daquela escola, não como suspeitos (princípio da presunção da inocência), mas como culpados. “A reiteração é um forte componente no delineamento deste quadro”. (ALMEIDA, 2013, p. 228).

Nesta linha de raciocínio:

Se, a propósito de um acontecimento, a imprensa, a rádio e a televisão dizem que alguma coisa é verdadeira, será estabelecido que aquilo é verdadeiro. Mesmo que seja falso. Porque a partir de agora é verdadeiro o que o conjunto da mídia acredita como tal. Ora, o único meio de que dispõe um cidadão para verificar se uma informação é verdadeira é confrontar os discursos dos diferentes meios de comunicação. Então, se todos afirmam a mesma coisa, não resta mais do que admitir esse discurso único [...]. (RAMONET, 1999, p. 45).

Por isso, cuida-se muito neste trabalho o estudo do direito penal e processual penal, à luz dos direitos fundamentais (que foram cerceados pela mídia no caso Escola Base), traçando esse paralelo com o populismo penal e midiático.

“Nestes termos, a ‘realidade’ não é somente a experiência diretamente vivenciada, mas igualmente a experiência sentida e apreendida por intermédio dos meios de comunicação”. (ALMEIDA, 2013, p. 228-229).

### 2.5.2 A Influência da Mídia na Formação da Opinião Pública

Cumprido neste momento o exame, dentro do já percorrido processo de formação da realidade, compreender que no mais das vezes, é a mídia uma desencadeadora do medo, como se nota:

Na atualidade, segundo Glassner, o alarma do caos, com vistas a (des)informar ou entreter a população, continua instaurando uma pernicioso sensação de medo que se impregna na estrutura social, estimulando a intolerante retórica de lei e ordem, cuja essência (pode) reverbera(r) na elaboração de políticas criminais. De fato, a vitimização indireta midiaticamente inculcada cristaliza-se como forte predisponente do medo, pois é notável que o número de indivíduos que o sentem e que se preocupam com o crime transcende ao de pessoas vitimizadas, o que evidenciaria, de acordo com Díez Ripollés, “[...] directa relación entre actitudes punitivas elevadas y el contacto con médios de comunicación”. (ALMEIDA, 2013, p. 252-253).

De acordo com o disposto acima, portanto, já se nota uma questão: a notável presença midiática no tocante a exaltação do medo refletindo no público, e a partir daí, conseqüentemente, na elaboração de políticas criminais.

Em consonância com o tema:

O público [...] reage às vezes sobre o jornalista, mas este age continuamente sobre seu público. Após alguns tentos, o leitor escolheu seu jornal, o jornal selecionou seus leitores, houve uma seleção mútua. Um submeteu-se a um jornal de sua conveniência, que adula seus preceitos ou suas paixões, o outro a um leitor de seu agrado, dócil e crédulo, capaz de ser dirigido facilmente mediante algumas concessões a suas ideias análogas às precauções oratórias dos antigos oradores. [...] eis o perigo dos novos tempos. Longe de impedir, portanto, que a ação do publicista seja finalmente decisiva sobre seu público, a dupla seleção, a dupla adaptação que faz do público um grupo homogêneo, bem conhecido do escritor e facilmente manejado permite-lhe agir com mais força e segurança. (TARDE, 1992, p. 42).

Com efeito, tomando a análise do até aqui percorrido, “os meios de comunicação indubitavelmente influem na mentalidade punitivista da população”. (ALMEIDA, 2013, p. 255). Essa influência se dá justamente pela insistência contínua da ação midiática, seja qual for o teor da abordagem, sobre o público que se predispõe de maneira crédula.

Contudo, essa influência midiática só é possível graças ao cenário em que ela atua. Sua ação é consubstanciada tanto por condições sociais quanto psicológicas. Neste sentido, há de

se levar em consideração o alarmante número crescente da criminalidade, e este é o cenário propício para a instauração exacerbada do medo e pela influência ao punitivismo.

Para que a propaganda do medo difundida pela mídia encontre retumbância, é necessário “[...] que existan previamente ciertas condiciones sociales y psicológicas”, pois “sin una experiencia del delito colectiva, rutinaria y enraizada sería improbable que las noticias y dramas sobre el delito atrajeran audiencias tan numerosas o vendieran tanto espacio publicitario. [...] Nesse sentido, acusar o artefato midiático de ser o único criador da cultura punitiva seria demasiado arriscado, mas há de se admitir que “se aprovecharon, dramatizándola y reforzándola,, de una nueva experiencia pública- una experiencia com uma profunda ressonância psicológica – y al hacerlo han *institucionalizado* esta experiencia. (ALMEIDA, 2013, p. 256-257).

À despeito do fato de que a mídia exerce sim uma influência sobre a opinião pública, e planta o medo no consciente coletivo, o cuidado que se requer é de não creditar somente à ação midiática a criação da cultura punitiva. A parcela de culpa que recai sobre a mídia – e frise-se: é relativamente grande – está no fato desta se valer de uma conjuntura social e psicológica, aproveitando, dramatizando e reforçando este cenário.

Desta forma, seria equivocado o crédito exclusivo a mídia punitivista, vez que esta não possui impacto absoluto. Entretanto, seria discrepante isentá-la tendo em vista sua colaboração substancial na construção das agendas pública e política. (ALMEIDA, 2013).

### **3 DA NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E A OPINIÃO PÚBLICA**

Até aqui foram trazidos à tona, em contraponto, direitos fundamentais e o populismo penal, em termos gerais, e sua incidência na mídia; e que, esta, por seu turno, age diretamente na formação da opinião pública.

É salutar neste momento, promover o diálogo entre essa opinião formada a partir do populismo midiático e os direitos fundamentais, argumentando, para tanto, sobre os princípios constitucionais.

#### **3.1 Direitos Fundamentais e os Princípios Processuais Constitucionais**

É cediço que os Direitos Fundamentais estão positivados em nosso Ordenamento Jurídico, abraçados pela Constituição de 1988. Ademais, neles está contida boa monta de princípios que orientam o nosso processo.

O art. 5º do maior Diploma Legal pátrio açambarca esses princípios de natureza de direito fundamental.

Salutar é o estudo de tais princípios oriundos dos direitos fundamentais, para se compreender a pretensão garantista de nossa constituição, como se verá mais adiante quando do estudo do garantismo penal de Ferrajoli, no sentido de impor à liberdade, também um caráter de direito fundamental.

“[...] Liberdade e igualdade forma dois elementos essenciais do conceito de *dignidade da pessoa humana*, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais”. (BRANCO, 2010, p. 450).

Esta compreensão pode viabilizar uma tentativa de diálogo entre os princípios constitucionais e a opinião pública, objetivando com esta compreenda que aqueles estão postos a todos.

### 3.2 Os princípios processuais penais constitucionais e o garantismo penal de Luigi Ferrajoli

De acordo com Mougenot (2010): “Se o processo, [...], é o meio pelo qual o Estado exerce o poder jurisdicional, o direito processual é o conjunto de *regras e princípios* que informam e compõem esse processo”. (BONFIM, 2010, p. 37).

E tratando-se de matéria penal:

O processo penal é o instrumento do Estado para o exercício da jurisdição em matéria penal. O direito processual penal, portanto, pode ser definido como o *ramo do direito público que se ocupa da forma e do modo (i.e.: o processo) pelos quais os órgãos estatais encarregados da administração da justiça concretizam a pretensão punitiva, por meio da persecução penal e consequente punição dos culpados*. Tem como conteúdo normas que disciplinam a organização dos órgãos da jurisdição e de seus auxiliares, o desenvolvimento da atividade persecutória e a aplicação da sanção penal. (MOUGENOT, 2010, p. 38 e 39).

Dito isso, e salientando que a concretização da pretensão punitiva se dá com a punição dos culpados, já se nota a orientação de um dos maiores princípios constitucionais, o da presunção de inocência, previsto no Art. 5º, LVII, Constituição Federal/88, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988, n.p).

Por este princípio já se observa a obrigatoriedade de outro, qual seja, o devido processo legal (Art. 5º, LIV, Constituição Federal/88), atrelado a outro ainda, que é o princípio do juiz natural (Art. 5º, LIII, Constituição Federal/88). Isto é, para que se alcance a punição, tem que haver o transcurso de todo um processo a ser julgado por uma autoridade competente, que sem os quais, nenhum cidadão poderá ser considerado culpado.

Interessante partir desta breve análise para se alcançar o objetivo deste tópico, que é justamente estudar e compreender os princípios constitucionais atrelados ao processo penal. Isso porque se tem no processo penal um grande conflito de interesses: O *jus puniendi* do Estado *versus* o *status libertatis* do indivíduo, assim considerando:

A teoria processual, tradicionalmente, retrata o processo penal como fórmula de resolução de lides penais que, a partir da modernidade e da consagração cada vez mais enfática de direitos fundamentais nas Constituições, procura equalizar a tensão produzida por duas pretensões conflitantes: de um lado a pretensão punitiva do Estado, que se manifesta pela atividade dos órgãos responsáveis pela persecução criminal e que pretende, ao final, a imposição de uma pena ao acusado; ao passo que, do outro lado, existe a pretensão do acusado manter o seu *status libertatis*, esgrimindo, para tanto, as garantias previstas pela Constituição e pelas leis

processuais e que funcionam como limites para o exercício da pretensão punitiva do Estado. (STRECK e OLIVEIRA, 2012, p. 18).

Por este prisma da análise penal do processo, que requer, sim, grande cuidado, se chega “a uma metáfora matemática que possui na imagem da balança sua figuração: o processo penal, assim, efetua uma espécie de ‘sopesamento’ entre o *jus puniendi* e o *status libertatis*”. (STRECK e OLIVEIRA, 2012).

O cuidado a que se requer, reside no seguinte:

Pode acontecer da balança pender com mais força ora para o lado do punitivismo estatal, ora para o lado da defesa ilimitada do acusado. Isso leva a um tipo muito específico de suspensão da juridicidade criando uma espécie de “Estado de Exceção”, [...] tanto o excesso de punitivismo quanto a deficiência no desempenho da persecução criminal, conduz o ambiente processual para um lugar do não direito, para uma dimensão fora do *nomos* (daí o caráter de quase-exceção). [...] Esse tipo de aproximação do processo que tende a pesar mais um dos lados que o outro [...] é que produz aquilo que aqui estamos chamando de “ideologização da teoria processual”. (STRECK e OLIVEIRA, 2012, p. 19).

No que tange a essa admoestação, há que se volver um pouco a linha de raciocínio lá para o primeiro capítulo, no sentido de se compreender o populismo penal (hiperpunitivismo estatal) como uma verdadeira vertente da ideologização da teoria processual penal, bem como, no mesmo sentido, verificar que a impunidade se traduz na exacerbação irracional da defesa, beirando o abolicionismo, que por sua vez reflete uma ideologização. Pois, como já visto, a impunidade é uma das bandeiras do populismo penal para impor seu discurso hiperpunitivista.

Desta forma, antes de qualquer coisa, antes mesmo de partirmos para a análise do processo penal constitucional:

Para um correto encaminhamento das questões que exurgem no contexto do sistema processual penal, reivindica que ele seja encarado como uma ciência hermenêutica. Isso significa dizer que todos aqueles que lidam com o fenômeno processual se ocupam da compreensão e da interpretação de textos normativos processuais penais e de fatos concretos, reconstruídos a partir de cadeias narrativas. [...] é importante frisar que não há dúvidas de que a instituição do processo penal, com o consequente afastamento da vingança privada, representou um marco do processo civilizador [...]. Vale dizer, a partir daquilo que se constrói historicamente enquanto garantia de um *devido processo legal* [...] é possível trazer, para dentro do direito, elementos que dizem respeito à moralidade da comunidade política e do dever de equanimidade, igualdade e “justiça” das decisões exaradas do Estado-juiz. Porém, esses elementos [...] não autorizam estabelecer um enquadramento do fenômeno de modo a se estabelecer um excesso na punição ou uma deficiência na persecução. [...] a análise do excesso ou da proteção deficiente nunca pode, à evidência, descurar um milímetro da Constituição. (STRECK e OLIVEIRA, 2012, p. 21 a 23).

Assim, se objetiva no processo penal a punição para aqueles que resultarem culpados, contudo, observado a estes todas as garantias processuais, de caráter de direito fundamental, consagrados na Constituição. Não se pode exacerbar o poder punitivo estatal, de maneira a punir a todo custo, baseado em evidências e não em provas, no discurso populista ou até mesmo, à exaustão do clamor popular, bem como, não se deve usar das garantias para ludibriar ou retardar o processo, atribuindo característica abolicionista, sob pena de impunidade.

O processo é a ferramenta que irá opor o direito material, porém, sempre, dentro dos ditames constitucionais. E o que a Constituição reza, é que quando o assunto é a liberdade de qualquer cidadão - e frisa-se: qualquer cidadão - esta deve ser analisada à luz dos direitos fundamentais.

Superado isso, se faz necessária neste momento a abordagem dessas garantias. Já foram estudados os direitos fundamentais, seus precedentes históricos e, agora, o estudo se dirige a intervenção dos direitos fundamentais no processo. Uma vez positivados no ordenamento jurídico pela maior das leis do Estado, eles estão intrinsecamente ligados à legislação infra, como tal, o processo penal.

Vários são os princípios do processo penal. Cabe aqui, contudo, averiguar quais aqueles de natureza constitucional e, sobretudo, preceituados como direitos fundamentais, que dentre eles destacam-se: Devido Processo Legal (Art. 5º, LIV, Constituição Federal/88); Contraditório (Art. 5º, LV, Constituição Federal/88); Ampla Defesa (Art. 5º, LV, Constituição Federal/88); Presunção de Inocência (Art. 5º, LVII, Constituição Federal/88); Vedação das Provas Ilícitas (Art. 5º, LVI, Constituição Federal/88); Publicidade (Art. 5º, LX, Constituição Federal/88); Bis in Idem (Art. 5º, § 2º, Constituição Federal/88)

Sendo relevante também o estudo dos princípios do *In Dúbio Pro Reo* (não obstante seu contra ponto resguardado as devidas proporções do *in dúbio pro societate*), Igualdade das Partes e Proporcionalidade.

Notadamente, muitos desses princípios encontrarão correspondência nos axiomas de Ferrajoli.

### 3.2.1 Devido Processo Legal

Este princípio, também chamado em sede de direito penal de “devido processo penal”, possui como origem histórica a Magna Carta, de 1215, em seu Art. 39, e modernamente a jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. Deriva da expressão inglesa “due process

of law”, garantindo que a jurisdicionalidade encontre seu conteúdo na legalidade. (BONFIM, 2010)

O devido processo legal encontra sua correlação no que Ferrajoli chama de “submissão à jurisdição”, senão vejamos:

As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes [...], são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle. [...] As garantias penais podem, por seu turno, ser consideradas necessárias para garantir juízos não arbitrários [...] cada modelo de legitimação interna dos pressupostos da pena remete a um correspondente modelo de legitimação de seus meios de investigação no processo penal. [...] A principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da *submissão à jurisdição*, expressa pelo nosso axioma A7 *nulla culpa sine iudicio*. Também essa garantia, assim como a sua correlativa, da legalidade, pode ser compreendida em dois sentidos diversos – “em sentido *estrito*” ou “em sentido *lato*” – conforme seja mais ou menos acompanhada pelas outras garantias processuais. [...]. Com base no primeiro princípio o juízo é simplesmente uma exigência do conjunto das garantias penais ou substanciais; com base no segundo, por sua vez, é requerido o conjunto das garantias processuais ou instrumentais. [...] enquanto o princípio da legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas [...]. (FERRAJOLI, 2010, p. 495-496).

Logo, pelo enunciado acima, tem-se que submissão à jurisdição, vinculado ao princípio da legalidade, que estabelece que uma conduta antijurídica deve ser posta à apreciação do judiciário, resguardadas as devidas garantias, evitando, assim, tribunais de exceção.

Desta forma:

A cláusula do devido processo legal estabelece a garantia do acusado de ser processado segundo a forma legalmente prevista, reconhecendo no processo penal, além de sua instrumentalidade, também sua *natureza constitucional*. O Estado está obrigado, na busca da satisfação de sua pretensão punitiva, a obedecer ao procedimento previamente fixado pelo legislador, vedada a supressão de qualquer fase ou ato processual ou o desrespeito à ordem do processo. (BONFIM, 2010, p. 72).

De igual modo:

A *garantia constitucional do devido processo legal*, especificada ao processo penal [...], reclama, para sua efetivação, [...], que o procedimento em que este se materialize observe, rigorosamente, todas as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade solucionadora de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam o *punitivo* e o de *liberdade*. Como enfatiza, Couture, inadmissível afigura-se a privação da liberdade sem a *garantia* consubstanciada num “processo desenvolvido na forma que a lei estabelece, lei essa dotada de todas as garantias do processo legislativo”. (TUCCI, 2011, p. 79).

Notadamente, grande relevância se revela o princípio do devido processo legal, pois, além de constituir uma garantia, um direito fundamental, afigura-se como aquele princípio que amarra todos os demais em um só bojo.

Ao afirmar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Art. 5º, LIV, Constituição Federal/88), a nossa Constituição assevera, mediante as postulações acima, que o processo deve tramitar de acordo com a legalidade, o que implica em dizer que, um devido processo legal é aquele que derroga às partes, e aqui, ao réu, o contraditório, a ampla defesa, a vedação de provas ilícitas, enfim, tudo o que a lei, e, sobretudo a Constituição, impõem como rito e garantia.

Neste sentido:

Mencionada *garantia*, outrossim, e como antes igualmente acenado, é delineada, até mesmo determinada, por preceituações constitucionais direcionadas ao processo penal, e que, à evidência, “não podem ser desconhecidas, direta ou indiretamente, das leis processuais” que o disciplinam. [...] Impõe a asseguaração, ao ser humano envolvido numa *persecutio criminis*, de livre acesso ao juiz natural, com o direito de participar, em igualdade de condições com os agentes estatais da persecução penal, e em inafastável contraditoriedade, de todo o *iter* procedimental, orientado por mecanismos de controle e exatidão de desfecho do processo, num prazo razoável. (TUCCI, 2011, p. 80).

O devido processo legal, portanto, constitui cláusula de segurança do sistema jurídico (BONFIM, 2010).

### 3.2.1.1 Igualdade das Partes

Dispõe o *caput* do art. 5º, Constituição Federal/88 que todos são iguais perante a lei, resultando daí, no princípio da igualdade.

Partindo do disposto acima, de acordo com o HC 83.255-5, de 05 de novembro de 2003, do Ministro Relator Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal: “A igualdade processual é um desdobramento do princípio da isonomia ou da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), reconhecida como verdadeira medula do devido processo legal”. (BONFIM, 2010, p. 81).

Assim, configura garantia de um devido processo legal, o princípio da isonomia que, por sua vez, iguala as partes. Trata-se da paridade de armas, onde não há privilégio de uma parte em detrimento da outra, salvaguardando o equilíbrio processual. (BONFIM, 2010).

Desta forma, analisando o processo penal enquanto conflito de interesses (pretensão punitiva X liberdade), Ferrajoli elucida:

Essa concepção do processo como disputa ou controvérsia remete, [...], ao paradigma da *disputatio* elaborado pela tradição retórica clássica e legado, [...], ao processo acusatório moderno. E exprime os valores democráticos do respeito da pessoa do imputado, da igualdade entre as partes contendoras e na necessidade prática [...] da refutação da pretensão punitiva e da sua exposição ao controle do acusado. [...] Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes [...]. (FERRAJOLI, 2010, p. 565).

Assim:

No âmbito do processo penal, às partes devem ser asseguradas as mesmas oportunidades de alegação e de prova, cabendo-lhes iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades. O modelo adotado pelo sistema jurídico brasileiro [...] pressupõe, [...], a exigência de igualdade de tratamento processual entre aquele que se diz detentor da pretensão deduzida em juízo e aquele que resiste ao direito pretendido. (BONFIM, 2010, p. 81).

Entretanto, regras possuem exceções. Tratando-se de direito e processo penal, as exceções são analisadas, não raras oportunidades, à luz de direitos fundamentais. Nota-se que o princípio do *in dubio pro reo*, de certa forma, deixa a balança um pouco mais desequilibrada. O que se justifica, vez que a pretensão punitiva do Estado visa a privação da liberdade.

[...] No âmbito do processo penal, [...] o litígio contraporá o particular a um órgão do Estado. As partes litigantes, portanto, serão essencialmente diferentes. Além disso, no litígio penal estará em jogo a liberdade individual do acusado, direito fundamental, o que justifica que o princípio da igualdade no processo penal, seja mitigado de forma a favorecer, [...], a posição do acusado [...]. (BONFIM, 2010, p. 82).

### 3.2.2 Contraditório

Este princípio encontra fundamento legal no inciso LV, do Art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”.

Para Ferrajoli:

[...] A *defesa*, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no *contraditório* entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas. (FERRAJOLI, 2010, p. 564).

É através dele que existe a possibilidade de contrariedade de todos os atos e termos processuais. (ALMEIDA, 1973).

O princípio do contraditório significa que ato praticado durante o processo seja resultante da participação ativa das partes. [...] A aplicação do princípio, assim, não requer meramente que cada ato seja comunicado e cientificado às partes. Relevante é que o juiz, antes de proferir cada decisão, ouça as partes, dando-lhes igual oportunidade para que se manifestem, apresentando argumentos e contra-argumentos. Destarte, o juiz, ao proferir a decisão, deve oferecer às partes oportunidade para que busquem, pela via da argumentação, ou juntando elementos de prova, [...], influenciar a formação de sua convicção. Da mesma forma, a publicação e comunicação às partes de cada decisão tem por finalidade submeter as decisões proferidas ao crivo das mesmas, que, via de regra, terão novamente oportunidade para manifestação, ainda que seja pela via recursal. (BONFIM, 2010, p. 73-74)

Interessante notar aqui a arguição de mais um princípio constante do processo penal que é o princípio do livre convencimento motivado do juiz, que está aqui diretamente ligado ao contraditório, pois, como mencionado na citação acima, o juiz deve oportunizar as partes para que apresentem seus argumentos ou conjunto probatório visando influenciar sua convicção.

De igual modo, o contraditório está intimamente ligado ao princípio da igualdade. Quando se fala em contraditório, há sempre a propensão de se remeter ao réu, mas há que se lembrar de que todo ato processual está submetido à contra argumentação pela outra parte, seja autora ou ré.

[...] em respeito ao princípio da igualdade, cada oportunidade de manifestação concedida a uma das partes deve ser igualmente concedida à parte contrária. Por esse motivo, deve-se assegurar a ambas as partes iguais direitos de participar da produção da prova e de se manifestar sobre os documentos juntados e argumentos apresentados pelo *ex adversu* ou pelo juiz. (BONFIM, 2011, p. 74).

O princípio do contraditório, por fim, por efeito dedutivo e lógico, é um dos princípios açambarcados pelo princípio do devido processo legal. Não há processo legal, sem contraditório.

“Não é preciso muito esforço para perceber que a proteção ao devido processo legal passa a envolver, também nessa seara, a materialização do princípio do contraditório”. (MENDES, 2010, p. 649).

### 3.2.3 Ampla Defesa

A ampla defesa, outro princípio o qual é requisitado pelo devido processo legal, de previsão constitucional, aliás, no mesmo dispositivo do contraditório, é mais um dos princípios do processo penal, consagrados em nossa Constituição, com sede em direitos fundamentais.

“O princípio da ampla defesa consubstancia-se no direito das partes de oferecer argumentos em seu favor e de demonstrá-los, nos limites em que isso seja possível [...]”. (BONFIM, 2011, p. 75)

O direito da ampla defesa, contudo, não é somente o direito de manifestação processual, mas, sobretudo, a pretensão à tutela jurídica. (MENDES, 2010).

Daí afirmar-se, correntemente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no Art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- *direito de informação* [...], que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- *direito de manifestação* [...], que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo;
- *direito de ver seus argumentos considerados* [...], que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo [...] para contemplar as razões apresentadas. (MENDES, 2010, p. 646-647)

Deste modo:

[...] Conecta-se, portanto, aos princípios da igualdade e do contraditório. Não supõe o princípio da ampla defesa uma infinidade de produção defensiva a qualquer tempo, mas, ao contrário, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas *no tempo processual oportunizado por lei*. (BONFIM, 2010, p. 75)

Acerca da ampla defesa, Ferrajoli nos traz uma gama de conexão de princípios. Dentro de seu axioma A10 *nulla probatio sine defensione*, é possível verificar o direito de defesa atrelado ao contraditório (como o é na própria Constituição de 1988), ao princípio da igualdade e da paridade de armas. (FERRAJOLI, 2010)

Sobre a defesa em si:

O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o *direito de defesa*, expresso aqui com o axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é [...] a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas [...]. (FERRAJOLI, 2010, p. 564).

Analisando desta forma, o princípio da ampla defesa, tem-se que é extensivo ao devido processo legal, oportunizar as partes, ou mais especificamente ao réu (pois se trata o presente de contrapor os direitos fundamentais ao populismo penal), que este possa ser informado quanto a todos os atos processuais; que este possa se manifestar no processo; bem como, que seus argumentos sejam postos à apreciação do juiz e contemplados por ele, para que os mesmos auxiliem na formação de sua convicção. Entende-se que não é defesa à todo custo, ou infinitamente, protelando assim o trâmite legal, mas, uma defesa que se apresente pelos meios e nos tempos processuais que a lei definir, pois nenhuma prova poderá ser considerada adequada se não for posta a contraprova. Nisto se consagra a ampla defesa.

#### 2.5.4 Presunção de inocência

O fundamento legal para este princípio é o Art. 5º, LVII, da Constituição Federal/88, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ou seja, em termos leigos, todos são inocentes até que se prove o contrário. A inocência, por preceito fundamental, pode ser presumida; a culpabilidade, somente comprovada. Por isso, a existência do devido processo legal.

Este princípio é muito importante, vez que bate de frente com o populismo penal em sua esfera midiática. Invariavelmente têm-se, não só em jornais ou telejornais sensacionalistas, mas naqueles cuja confiança deposita-se como uma mídia séria, noticiarem crimes tratando o suspeito, o indiciado, já como culpado. Esta palavra exige cuidado!

A presunção da inocência como direito fundamental se dá pela primeira vez na Declaração Francesa de 1789 e reafirmado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. (BONFIM, 2010).

Este princípio reconhece, assim, um estado transitório de não culpabilidade, na medida em que referido *status* processual permanece enquanto não houver o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. *O princípio do estado de inocência refere-se sempre aos fatos*, já que implica que seja ônus da acusação demonstrar a ocorrência do delito [...] e demonstrar que o acusado é, efetivamente, autor do fato delituoso. [...] Nos casos em que não for provada a existência do fato, não existir prova de ter concorrido para a prática da infração penal ou não existir prova

suficientemente segura para fundamentar o juízo condenatório (Art. 386, II, V e VII, do CPP), será o juiz obrigado a absolver o acusado, não se lhe podendo imputar a culpa por presunção. Nesse caso, porém, falamos da aplicação do princípio do *in dubio pro reo* [...]. (BONFIM, 2010, p. 77-78)

Acerca da presunção de inocência, também discorreu Ferrajoli:

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo [...], e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação [...] – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação. (FERRAJOLI, 2010, p. 505).

Não se pode, contudo, confundir a culpabilidade e a persecução da pena, com medidas cautelares que tenham como objetivo a privação momentânea da liberdade.

Tem sido rico o debate sobre o significado da garantia de presunção de não culpabilidade no direito brasileiro, entendido como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal. Discute-se se no âmbito de proteção do princípio da presunção de inocência estaria eventual proibição contra a prisão preventiva ou cautelar [...] desde logo assentou o Supremo tribunal federal que “o princípio constitucional da não culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória”. No caso da prisão cautelar, [...] a sua decretação não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando jungida a pressupostos associados, fundamentalmente, à exitosa persecução penal. (MENDES, 2010, p. 737).

Assim, a presunção de inocência é estendida até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Antes disso, o réu não pode ser considerado culpado, o que implicaria na constância de seu nome no rol dos culpados, tampouco, cumprir qualquer tipo de pena. O que não afasta, entretanto, prisões cautelares.

#### 3.2.4.1 *In Dubio Pro reo*

Esse é um princípio do processo penal estabelecido no próprio Código de Processo Penal. Está intimamente ligado à presunção de inocência. Trata-se de princípio que aduz que a convicção do juiz quanto a culpabilidade deve estar bem formada. Havendo dúvidas, a liberdade do réu não pode ser privada.

Esse princípio *tem por fundamento a presunção de inocência*. Em um Estado de Direito, deve-se privilegiar a liberdade em detrimento da pretensão punitiva. Somente a certeza da culpa surgida no espírito do juiz poderá fundamentar uma condenação (art. 386, VII, do CPP). Havendo dúvida quanto à culpa do acusado ou quanto à ocorrência do fato criminoso, deve ele ser absolvido. (BONFIM, 2010, p. 79).

No entanto, há que se levar em consideração o contraponto a este princípio, qual seja, o *in dubio pro societate*, que aduz que na dúvida a decisão deve ser pela sociedade. Em nosso ordenamento, contudo, tal princípio é aplicado somente em duas ocasiões: na denúncia, e nos casos de crimes de competência do Tribunal do Júri, no momento da pronúncia. Nesses dois casos, não havendo conjunto probatório que induz certeza quanto à autoria do fato criminoso, mas apenas indícios, aplica-se o princípio em prol da sociedade. (BONFIM, 2010)

### 3.2.5 Vedação das Provas Ilícitas

O artigo 5º, LVI, Constituição Federal/88 afirma que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O princípio veda ao juízo a consideração para efeito de convencimento, de provas obtidas por meios ilícitos. O princípio da verdade real perseguida pelo processo penal sofre limitação na tutela dos direitos e garantias fundamentais. Desta forma, provas ilícitas não devem influenciar na formação de convencimento do juiz quando da sentença. (BONFIM, 2010).

Indo mais além, a Constituição ao vedar o uso de provas ilícitas, positiva, assim, uma das ideias básicas do devido processo legal. (MENDES, 2010).

A discussão sobre as provas, no campo do direito material, pode receber inúmeros subsídios do direito constitucional, especialmente dos direitos fundamentais. Com efeito, as regras que regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas são direcionadas ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal. (MENDES, 2010, p. 747).

Interessante pontuar algumas coisas acerca desse princípio: a) a não observância da vedação das provas ilícitas afronta a ampla defesa e o devido processo legal; b) vedação das provas ilícitas possui conexão com outros direitos e garantias fundamentais; c) o princípio é de exclusiva observância do Estado (no tocante ao processo penal, cabe à acusação, não à defesa). (MENDES, 2010).

a) *Não observância da vedação das provas ilícitas como afronta a ampla defesa e ao devido processo legal*

A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio de devido processo legal. Assente revela-se, igualmente, a não obrigatoriedade de fazer prova contra si mesmo. [...] Registra-se, ainda, que o princípio do devido processo legal, em sua face atinente à ampla defesa, autoriza a produção de provas ilícitas *pro reo*. (MENDES, 2010, p. 747-748).

b) *Vedação das provas ilícitas possui conexão com outros direitos e garantias fundamentais*

O âmbito de proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV, *in fine*), dentre outros. (MENDES, 2010, p. 747).

c) *vedação das provas ilícitas como de exclusiva observância pelo Estado:*

a garantia de inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita, como corolário do devido processo legal, é direcionada em princípio, à acusação (Estado), que detém o ônus da prova. Quando a prova obtida ilicitamente for indispensável para o exercício do direito fundamental à ampla defesa pelo acusado, de forma a provar a sua inocência, não há por que se negar a sua produção no processo. O devido processo legal atua, nesses casos, com dupla função: a de proibição de provas ilícitas e a de garantia da ampla defesa do acusado. [...] a regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado, sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com o fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas). (MENDES, 2010, p. 749).

Com efeito, importante destacar, por fim, que se entende por provas ilícitas aquelas que contrariem preceitos fundamentais como os elencados no item “b” acima, bem como aquelas obtidas por meio de tortura, coação, ofensa a integridade física da pessoa, etc (MENDES, 2010).

### 3.2.6 Publicidade

O seguinte princípio encontra supedâneo no inciso LX, do art. 5º, e art. 93, IX ambos da Constituição Federal, que rezam que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, salvo por exigência da intimidade e interesse social, sob pena de nulidade.

Tal garantia concernente a publicidade dos atos processuais, atrela-se ao conceito de democracia, pois há a exigência de que se tornem transparentes os assuntos públicos. Consiste em um dos alicerces do Estado Democrático, na medida em que confere tanto as partes quanto a sociedade a possibilidade controle dos atos praticados pelo Estado. (BONFIM, 2010).

Mais importante ainda:

A publicidade dos atos processuais é corolário do princípio da proteção judicial efetiva. As garantias da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal apenas são eficazes se o processo pode desenvolver-se sob o controle das partes e da opinião pública. Nesse sentido, Ferrajoli afirma tratar-se de uma *garantia de segundo grau* ou *garantia de garantias*. (MENDES, 2010, p. 600).

Nestes termos, pode-se falar em publicidade imediata, que é aquela conferida às partes, e mediata, que é a divulgação à sociedade pelos meios de comunicação. (BONFIM, 2010)

Contudo, verifica-se que esta publicidade, que é a regra, possui sua exceção quando a lei exige sigilo. (MENDES, 2010).

À luz da própria Constituição nota-se que esta se preocupou em estabelecer ocasiões em que fosse necessário o sigilo de determinados atos. Por esta razão, tem-se, também, que a publicidade pode ser absoluta ou restrita. Entende-se por absoluta, aquela consoante a regra do direito brasileiro, que reza nos dispositivos normativos constitucionais, que é a garantia geral de livre acesso à população; e restrita, quando há interesse social e defesa da intimidade. (BONFIM, 2010).

Exemplificando, os processos que tenham por objeto o direito de família tramitam sob sigredo de justiça, por tratar-se de intimidade.

Trazendo para a esfera penal, a que importa para o presente, muitas diligências do inquérito exigem publicidade restrita, haja vista o interesse social. (MENDES, 2010).

Como se vê, estabelece a Constituição tanto a regra da “publicidade plena ou popular” como a regra da “publicidade restrita ou especial”. Assim, a regra da publicidade comporta exceções, tendo em vista o interesse público ou a defesa da intimidade. [...]. No processo penal, se a publicidade prevalece no procedimento acusatório, na fase inquisitória, o sigilo dos atos deve ser preservado, em prol da

própria eficácia das investigações que visam á elucidação dos fatos que, posteriormente, poderão ser objeto de eventual tipificação penal. (MENDES, 2010, p. 600-601).

Importa salientar, contudo, o caráter sempre excepcional do sigilo, o qual deverá impor-se quando tornarem-se necessários. A regra é a que vige no princípio elencado.

### 3.2.7 Bis in Idem

Este princípio tem como fundamento legal o art. 8º, 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual foi recepcionado por nossa Constituição, em seu art. 5º, §2º. (BONFIM, 2010).

No âmbito da proteção à coisa julgada, o princípio representa uma garantia ao acusado que tenha sido absolvido por sentença transitada em julgado. Não poderá o Estado deduzir uma pretensão punitiva que tenha por objeto o mesmo fato, contra o mesmo acusado, se este foi considerado inocente em decisão definitiva, não mais sujeita a recurso. [...]. (BONFIM, 2010, p. 91).

Com efeito, trata-se de princípio que visa a consecução do inciso XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal/88, *in verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (BRASIL, 1988, n.p) (grifo nosso)

### 3.2.8 Proporcionalidade

É um tanto impreciso doutrinariamente quanto a fundamentação legal para o princípio da proporcionalidade. Parte da doutrina assenta que sua fundamentação está nos direitos fundamentais; já outra, que é uma expressão do Estado de Direito. (MENDES, 2010).

O fato é que o princípio da proporcionalidade não se afigura da mesma maneira que os demais princípios. Trata-se de um princípio dos princípios, absoluto, posto como método de interpretativo para solução de conflitos entre princípios. Impõe-se, portanto, como método hermenêutico. (BONFIM, 2010).

[...] Argumenta-se, dessa forma, ser o princípio da proporcionalidade, na verdade, um “princípio hermenêutico”, uma nova categoria, próxima ou análoga a um verdadeiro método de interpretação jurídico posto em prática sempre que houver a necessidade de restringir direitos fundamentais. Objetiva ser uma *restrição às restrições* dos direitos fundamentais por parte do Estado. Como o processo penal constantemente necessita contrabalançar valores e princípios que rotineiramente se opõem (ex.: o direito à liberdade do indivíduo e o dever do Estado de punir o

culpado), o princípio da proporcionalidade tem grande e variada aplicação no processo penal [...]. (BONFIM, 2010, p. 92).

Logo, o que se denota, é que todos os princípios elencados anteriormente devem ser sopesados, hermeneuticamente, de acordo com o princípio da proporcionalidade, principalmente, quando estiverem em situação de conflito uns com os outros, ante a percepção do até aqui estudado, a proporcionalidade constitui um superprincípio que não se flexibiliza como os demais princípios de caráter relativo. É, pois, absoluto! (BONFIM, 2010).

“O princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito”. (MENDES, 2010, p. 402).

### 3.2.9 O Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli

Em primeira instância, insta salientar algumas ponderações:

O garantismo sofre algumas críticas, não quanto a ideia em si, mas na medida em que tome proporções radicais externando um abolicionismo, e que tome uma postura refratária à intervenção jurídico-penal. (FELDENS, 2012).

“[...] Para ser titular de direitos fundamentais e desfrutar de suas correlatas garantias, não é necessário tornar-se réu em uma ação penal; os direitos e suas garantias *também* socorrem àqueles que não se vejam envolvidos em uma tal ou qual relação jurídica”. (FELDENS, 2012, p.52).

Desta forma, evidencia-se, que existem cuidados a se tomar quando da adoção da teoria garantista. Esta, pois, se coloca num patamar acima das questões trazidas nos parágrafos anteriores. Garantismo não é abolicionismo penal, tampouco, requer sua teoria uma não intervenção jurídica.

[...] A assunção de uma postura garantista implicaria adotar uma posição *contrária* à intervenção jurídico-penal, *quando esta se revele constitucionalmente ilegítima* [...]; decidir pela solução mais favorável ao acusado, *sempre que a carga de provas não indicar em sentido contrário, revertendo, com segurança, a garantia da presunção de inocência que acompanha este acusado.* (FELDENS, 2012, p. 52).

Antes, o garantismo é uma teoria constitucional, embasada em preceitos fundamentais. Constituição que positiva Direitos Fundamentais é aquela que institui um Estado Democrático de Direito. (FELDENS, 2012).

Tendo os olhos voltados sobre a história da humanidade e para a situação política dos países autoritários, Ferrajoli vê na Constituição a fonte de tutela dos mais fracos, observando que *“os direitos fundamentais se afirmam sempre como lei do mais fraco em alternativa à lei do mais forte que regia em sua ausência. A história do constitucionalismo é a história dessa progressiva ampliação da esfera pública dos direitos. Não é uma história teórica, mas social e política, [...], conquistados mediante rupturas institucionais: as grandes revoluções americana e francesa e outros movimentos mundiais pelos direitos fundamentais”*. (THUMS, 2006, p. 108).

Ainda quanto a análise da constituição como a fonte do garantismo:

O Estado Constitucional de Direito é reconhecidamente o único modelo de Estado habilitado a oferecer suporte ao projeto garantista. Estado Constitucional de Direito e garantismo são realidades autorreferentes, apontando, em conjunto, para a formulação de técnicas de garantias idôneas destinadas a assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos fundamentais. [...] o êxito do projeto garantista depende da conformação das diferentes funções que podem ser extraídas da dinâmica dos direitos fundamentais no marco do Estado Constitucional, onde operam como proibições de intervenção e como imperativos de tutela. (FELDENS, 2012, p. 53).

Agora, em segundo turno, levando a teoria garantista para a esfera penal, aduz Luciano Feldens, que Ferrajoli, quanto a sua teoria do garantismo, é passível de crítica na medida em que prega uma compreensão “unidirecional” dos direitos fundamentais, de eficácia negativa, ou seja, oponível contra o Estado, mensurando este sempre como um mal. (FELDENS, 2012).

*Permissa vênia*, sendo compreensível a preocupação de Luciano Feldens, vez que, tem-se a percepção de que o Estado - falando aqui de Estado Democrático de Direito - é também o mantenedor dos direitos fundamentais ao promulga-los com a Constituição, contudo, nota-se que a teoria de Ferrajoli - como já dito anteriormente: pela análise dos Estados totalitários e pela história da humanidade - preocupa-se com uma recorrente questão, qual seja, o agigantamento estatal (o que ocorre muitas vezes com a proliferação do discurso populista, como já demonstrado), servindo o garantismo como uma espécie de freio para esta sempre iminente situação. Daí, sempre a sua remissão ao Estado. Vejamos:

É neste contexto de violência do Estado contra o súdito [...] que Ferrajoli acentua o problema do processo penal: *“Na tradição liberal-democrática, o direito e o processo penal são instrumentos ou condições de ‘democracia’ somente na medida em que sirvam para minimizar a violência punitiva, e, para tanto, constituem - antes que um conjunto de preceitos destinados aos cidadãos e de limites impostos a sua liberdade - um conjunto de preceitos destinados aos poderes públicos e de limitações impostas ao seu poder punitivo: em outras palavras, um conjunto de garantias fundamentais do cidadão frente ao arbítrio e ao abuso da força por parte do Estado”*. (THUMS, 2006, p. 109).

Em outro aspecto, ainda no toante a crítica de Feldens, Ferrajoli menciona o Estado como garantidor dos direitos fundamentais:

A Carta magna deve conferir aos direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito importância tão significativa que qualquer desliza na sua restrição pode desnaturar a própria concepção de Estado. Nesse passo, Ferrajoli afirma que “*os direitos fundamentais são o conteúdo do pacto constituinte, por isso tem-se de reconhecer a Thomas Hobbes, [...] a invenção de seu paradigma. Paradigma esse expressado no direito à vida como direito inviolável de todos, de cuja tutela depende a justificação da superação do ‘bellum omnium’ do estado de natureza e a construção do grande ‘Leviatã’ que se chama República ou Estado*”. Sem dúvida, deve-se a Hobbes a configuração do Estado como esfera pública para a garantia da paz e dos direitos fundamentais do homem. (THUMS, 2006, p. 107-108).

O que se depreende, portanto, é que Ferrajoli ao atribuir o garantismo penal, em sua visão, almejava que o Estado não se agigantasse, como por diversas vezes na história aconteceu, e mais, que este Estado, agora democrático e de direito, fosse o garantidor dos direitos fundamentais, direitos esses que repercutem o garantismo.

### **3.3 As imagens do sistema penal e da criminalidade construídas neste processo midiático**

A problemática existente aqui consiste na percepção extraída pelo receptor (telespectador, leitor, ouvinte, etc.) a partir do processo midiático. Ou seja, uma vez já analisado a influência da mídia sobre a opinião pública, interessante agora compreender qual a imagem acerca do sistema penal e da criminalidade assimilada pelo receptor dos veículos midiáticos.

Embora seja impossível isolar a atuação da mídia de outros fatores que possam repercutir na opinião pública, a fim de determinar um indiscutível nexos causal, sua influência na construção da realidade social é fundamental e praticamente única quando não há informações diretamente acessíveis ao indivíduo, como ocorre naquelas relacionadas ao sistema penal e seu funcionamento. (ALMEIDA, 2013, p. 231-232).

Uma vez estando as informações a respeito dos sistema penal um tanto distante, e até mesmo em determinados casos, inacessíveis ao público, a atuação da mídia resulta fundamental na percepção do receptor.

O público em geral constitui leigo quanto ao assunto em pauta. A sua opinião advém, tão somente, daquilo que depreende com maior abundância dos veículos de mídia. O que estes falam a respeito do sistema penal, da criminalidade e, até mesmo das leis, refletem, considerando a qualidade e a quantidade com que estes temas são abordados, diretamente como reflexo da verdade, produzindo medo e insegurança.

[...] Diante da distância do fato ou de sua leiguice no assunto, o receptor, como aludia Ramonet, “[...]só pode orientar-se confrontando os diferentes meios de comunicação uns com os outros, e se todos dizem a mesma coisa, é obrigado a admitir que é a versão correta dos fatos, a notícia ‘verdade oficial’”. Wisehart, [...], demonstrou compartilhar do aludido entendimento ao destacar que “[...] o público extrai sua opinião sobre ‘a administração da justiça penal’ através da espécie, da qualidade e do volume de matéria de jornal sobre a justiça criminal”. [...] Nessa perspectiva, se os *mass media* alardearem uma grande cifra de crimes em sua programação, além de qualificarem cotidianamente certas leis penais de brandas ou defasadas, esta imagem produzida será fatalmente introjetada como verdade, reverberando em medo e insegurança que, [...], conduzirão [...] a demandas por postas estatais mais duras. (ALMEIDA, 2013, p. 232-233).

Nisto repousa o grande perigo das notícias criminais, “[...] cujo *script*, embalado pela retórica da intolerância, nem sequer disfarça sua simpatia pela panaceia punitiva, bem como pela exclusão das garantias [...]”. (ALMEIDA, 2013, p. 233).

### **3.4 (Possíveis) Reflexos das (ir)racionalidades da opinião Pública na Construção da Política Criminal**

Dentro deste panorama midiático onde resta evidenciado a sua forte influência (e no mais das vezes perigosa) sobre a opinião pública, cumpre agora, mesmo de maneira breve, discutir quanto a possibilidade desta opinião refletir na política criminal.

Nesse quadro de opinião pública, “[...] inobstante realimentar medos e estereótipos em suas constantes narrativas do crime, vem servindo como um incisivo critério de orientação no processo de criminalização primária [...]”. (ALMEIDA, 2013, p. 389-390).

Com efeito:

A par disso, cumpre lembrar que, passados dois anos da promulgação da Carta Magna vigente, institui-se no território brasileiro um verdadeiro modelo político-criminal simbólico, cujo caráter expressivo e retributivo revelou não apenas uma indubitável aptidão para superlotar presídios e sepultar o ideal ressocializador, mas também uma manifesta incapacidade de reduzir o medo e os índices de criminalidade. Fruto do atendimento dos anseios da população, provocados pelas contundentes campanhas de empresários morais, a Lei de Crimes Hediondos foi responsável por assentar em nosso ordenamento um novel e declarado estado de exceção que, ao contrário do modelo tradicional, é “[...] uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção” [...]. (ALMEIDA, 2013, p. 390-391).

Destarte, pode-se falar na Lei de Crimes Hediondos como fruto desse reflexo da opinião pública, influenciada pela mídia, na construção da política criminal, e, nesse caso, afetando diretamente a atividade legiferante.

Contudo, embora não se possa dizer que o clamor público impacta diretamente na política criminal (ALMEIDA, 2013):

[...] partindo do pressuposto garlaniano de que as mentalidades e sensibilidades sociais fornecem guarida e limites às políticas criminais e de que a reação social, mediante a provocação de empresários morais, possui o condão de desencadear o processo de criminalização primária, [...], considera-se que a opinião pública possui, de fato, influência na construção de políticas criminais, seja manifestando seu posicionamento acerca da problemática da punição em “[...] las cartas em las columnas de los periódicos”, seja conferindo apoio às propostas ou atividades legislativas em matéria de segurança pública e justiça criminal mediante voto. (ALMEIDA, 2013, p. 392).

“Diante disso, nota-se que demandas sociais e demandas midiáticas podem se confundir [...]”. (ALMEIDA, 2013, p. 393). Sendo que, desta forma, resta notório que as opiniões populares acerca do crime, da insegurança, do Estado Penal, mais que um reflexo da interferência midiática, constituem, mesmo que não diretamente, fatores de influência na construção da política criminal

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com o presente trabalho que, num Estado pautado pelos ditames democráticos, constituído em Estado Democrático de Direito, onde há incidência de maneira positivada dos direitos fundamentais no patamar mais alto do diploma jurídico, estes devem ser imperativos e, de fato, preponderantes na consecução legislativa, sobretudo no que tange ao Direito Penal e Processual Penal, pois são estes que detém uma pretensão punitiva.

Neste caminho de construção, que se afigura historicamente por séculos, os direitos fundamentais buscam sempre a evolução à medida que novas circunstâncias vão exigindo. Nota-se que o advento do populismo penal é uma dessas circunstâncias desafiadoras do processo de afirmação dos direitos fundamentais, e a resistência destes, uma vez estando consumado constitucionalmente, é de suma importância na manutenção de um Estado de certo modo minimalista, mas que em outra esfera, deve agir com maior rigor ao se colocar como protetor das garantias do indivíduo.

Não implícita o presente a ausência estatal, tampouco seu minimalismo pleno, mas que este seja, como reza a Constituição brasileira, mantenedor de princípios, direitos e garantias fundamentais.

Não foi objeto do presente trabalho, como ideologias contrárias poderão apregoar, ser um propagador de uma teoria penal abolicionista, mas sim, de que toda pretensão punitiva seja pautada no garantismo conferido ao cidadão, vez que este mesmo garantismo inserido em nosso texto constitucional é conferido a todos, sem qualquer distinção, como norteia o princípio da igualdade.

Diferentemente, como se procurou evidenciar, é o discurso trazido à cabo pelo neoconservadorismo liberal, qual seja, populismo, que não obstante sua origem política, também recai sobre a juridicidade na forma de populismo penal, o qual, infelizmente, sempre esteve presente naquilo que é chamado, geopoliticamente, de países periféricos, dentre os quais, inclui-se o Brasil.

Este malfadado discurso que rompe com o estado de bem-estar social, admite tentáculos parasitando nos veículos de comunicação de massa.

Nisso consiste outro ponto que se objetiva ilustrar neste trabalho: a mídia à serviço do populismo penal influenciando diretamente na formação da opinião pública que, cega pelo discurso do hiperpunitivismo vingativo, abre mão de seu próprio garantismo a favor de maior rigorismo na consecução das penas. Pois, uma vez requisitando que um determinado suspeito seja condenado sem respeito a seus direitos, o fim do garantismo terá efeito *erga omnes*, e

tudo aquilo que se buscou atingir na Constituição de 1988, com precedentes bem mais remotos, estariam indisponíveis a todos.

Com efeito, a teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli trazida à balia que nos norteia aos ditames dos princípios constitucionais do processo penal. A igualdade, o devido processo legal, a ampla defesa e contraditório, bem como os demais aduzidos no presente trabalho, não constituem uma não imposição do Estado quando da inobservância legal, mas sim, e sobretudo, a garantia de que injustiças não sejam cometidas e que simples acusação sem evidências e provas se resolvam em condenação arbitrária. Volte-se a frisar: estas garantias são postas a todos; negá-las a um, implica em negá-las à sociedade de modo geral.

Nesse ponto, a pretensão deste humilde, porém sonhador, trabalho, almejou que a opinião pública dialogasse com os princípios constitucionais, no sentido de compreenderem sua historicidade e sua aplicabilidade.

O populismo penal e sua vertente midiática, resta provado, são prejudiciais ao esforço da humanidade em prol da afirmação dos direitos fundamentais. Tal discurso nos remete à intolerância. E não é exagero nenhum lembrar que a intolerância levou ao mundo o que há de pior no ser humano.

A humanidade não precisa de mais 1939-1945 (segunda guerra mundial); não precisa de mais 30/01/1972 (domingo sangrento na Irlanda); não precisa de mais 04/06/1989 (massacre da Praça da Paz Celestial na China); não precisa de mais 11/09/2011 (atentado às Torres Gêmeas, Nova Iorque); não precisa de mais 23/07/1993 (Chacina da Candelária) e etc, etc, etc...

Romper com os direitos fundamentais em prol de punitivismo exacerbado, em prol do populismo penal, do discurso da intolerância, significa reviver fatos parecidos.

O discurso populista trouxe à público a ideia de que é muito fácil sentar no sofá, no conforto da própria casa e defender os direitos humanos, sem estar vivenciando uma realidade mais dura. A questão é, a possibilidade de sentar no sofá, no conforto da casa, é possível justamente pela afirmação dos direitos humanos, que, uma vez viabilizando melhor dignidade a uma parcela da sociedade, deve, agora, adentrar às realidades mais duras com o mesmo intuito.

O grande problema, é que no Brasil mira-se muito a instituição direitos humanos, e não a aclamação de direitos universais que são os direitos humanos. Ou seja, há uma crítica muito grande a instituição ligada a defesa dos direitos humanos. Essa crítica, contudo, é de certa forma válida, pois, os direitos humanos em nosso país faz-se presente, na grande maioria

das vezes, nos presídios, o que gera uma revolta populacional, haja vista o discurso populista que emprega aos detentos uma condição subumana.

É certo que, nesses casos, os direitos humanos estão ali para resguardar direitos fundamentais, como a vida, a saúde, integridade física dos detentos, o que não é errado, pois, quem mais precisa de amparo para a execução mínima de seus direitos fundamentais, senão aqueles que se encontram privados de um dos maiores deles, que é a liberdade?

Contudo, a grande crítica consiste em estar presente somente aí o trabalho dos direitos humanos no Brasil. Quando estes deveriam, mais ainda, bradar contra o Estado, com o fim de garantir, assegurar, proteger os direitos fundamentais de toda uma sociedade que clama por mais vida, mais dignidade, mais saúde, mais trabalho e condições para tal e, sobretudo, mais educação, pois tem que haver a crença e a confiança de que somente com este último direito fundamental mencionado é que se poderá, sem precisar, contudo, o lapso de tempo com que isso se dará, erradicar a ignorância, a trapaça, a negligência, a corrupção, a criminalidade em que esse país se encontra chafurdado.

Não se pode, afinal, confundir insuficiência com ineficácia. Os direitos humanos agem de maneira insuficiente no Brasil, porém, são eficazes na medida em que tem assegurado ao mundo, em sua ampla maioria, a oportunidade de vivência dentro de Estados Democráticos de Direito.

Sem direitos humanos não há democracia plena. O Estado é monstruoso, é um Leviatã que sem o controle internacional dos direitos humanos, sem a consagração nos ordenamentos jurídicos dos direitos fundamentais, o mundo estaria vivenciando Alemanhas Nazistas, URSS's, Brasis Militares e etc.

Por fim, já que este trabalho se evidenciou no sonho da plena consolidação dos direitos fundamentais, não cedendo, para tanto, à retórica da intolerância, fica na íntegra, objetivando emprestar a beleza das artes a este modesto trabalho, o Último Discurso do filme O Grande Ditador:

Sinto muito, mas não pretendo ser um imperador. Não é esse o meu ofício. Não pretendo governar ou conquistar quem quer que seja. Gostaria de ajudar a todos - se possível - judeus, o gentio... negros... brancos. Todos nós desejamos ajudar uns aos outros. Os seres humanos são assim. Desejamos viver para a felicidade do próximo - não para o seu infortúnio. Por que havemos de odiar ou desprezar uns aos outros? Neste mundo há espaço para todos. A terra, que é boa e rica, pode prover todas as nossas necessidades. O caminho da vida pode ser o da liberdade e da beleza, porém nos extraviamos. A cobiça envenenou a alma dos homens... levantou no mundo as muralhas do ódio... e tem-nos feito marchar a passo de ganso para a miséria e os morticínios. Criamos a época da velocidade, mas nos sentimos enclausurados dentro dela. A máquina, que produz abundância, tem-nos deixado em penúria. Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa inteligência, empedernidos e cruéis.

Pensamos em demasia e sentimos bem pouco. Mais do que máquinas, precisamos de humanidade. Mais do que de inteligência, precisamos de afeição e doçura. Sem essas virtudes, a vida será de violência e tudo será perdido. A aviação e o rádio aproximaram-nos muito mais. A próxima natureza dessas coisas é um apelo eloquente à bondade do homem... um apelo à fraternidade universal... à união de todos nós. Neste mesmo instante a minha voz chega a milhões de pessoas pelo mundo afora... milhões de desesperados, homens, mulheres, criancinhas... vítimas de um sistema que tortura seres humanos e encarcera inocentes. Aos que me podem ouvir eu digo: "Não desesperéis!" A desgraça que tem caído sobre nós não é mais do que o produto da cobiça em agonia... da amargura de homens que temem o avanço do progresso humano. Os homens que odeiam desaparecerão, os ditadores sucumbem e o poder que do povo arrebataram há de retornar ao povo. E assim, enquanto morrem homens, a liberdade nunca perecerá. Soldados! Não vos entregueis a esses brutais... que vos desprezam... que vos escravizam... que arregimentam as vossas vidas... que ditam os vossos atos, as vossas ideias e os vossos sentimentos! Que vos fazem marchar no mesmo passo, que vos submetem a uma alimentação regrada, que vos tratam como um gado humano e que vos utilizam como carne para canhão! Não sois máquina! Homens é que sois! E com o amor da humanidade em vossas almas! Não odieis! Só odeiam os que não se fazem amar... os que não se fazem amar e os inumanos. Soldados! Não batalheis pela escravidão! Lutai pela liberdade! No décimo sétimo capítulo de São Lucas é escrito que o Reino de Deus está dentro do homem - não de um só homem ou um grupo de homens, mas dos homens todos! Está em vós! Vós, o povo, tendes o poder - o poder de criar máquinas. O poder de criar felicidade! Vós, o povo, tendes o poder de tornar esta vida livre e bela... de fazê-la uma aventura maravilhosa. Portanto - em nome da democracia - usemos desse poder, unamo-nos todos nós. Lutemos por um mundo novo... um mundo bom que a todos assegure o ensejo de trabalho, que dê futuro à mocidade e segurança à velhice. É pela promessa de tais coisas que desalmados têm subido ao poder. Mas, só mistificam! Não cumprem o que prometem. Jamais o cumprirão! Os ditadores liberam-se, porém escravizam o povo. Lutemos agora para libertar o mundo, abater as fronteiras nacionais, dar fim à ganância, ao ódio e à prepotência. Lutemos por um mundo de razão, um mundo em que a ciência e o progresso conduzam à ventura de todos nós. Soldados, em nome da democracia, unamo-nos. (O GRANDE DITADOR, 1940).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Débora de Souza de. Populismo Midiático. In, GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973

APÓS manobra, Câmara aprova proposta para reduzir maioria. G1 Política. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/apos-rejeitar-pec-camara-aprova-novo-texto-que-reduz-maioridade.html>>. Acesso em: 03 jul. 2015

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Disponível em: Acesso em <[www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL é o terceiro país com mais homicídios na América do Sul, mostra UNODC. ONUBR Nações Unidas no Brasil. Disponível em: < <http://nacoesunidas.org/estudo-do-unodc-mostra-que-partes-das-americas-e-da-africa-registram-os-maiores-indices-de-homicidios/>>. Acesso em: 27 jul. 2015

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais: Tópicos de Teoria Geral. In, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CHAPLIN, Charlie. O Grande Ditador [Filme]. Produção de Charlie Chaplin, direção de Charlie Chaplin. Los Angeles, Califórnia, USA. Chaplin Studios, 1940. DVD, 125 min, son.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Teoria Geral do Populismo Penal. In, GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RAMONET, Ignácio. **A Tirania da Comunicação**. 2ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

STRECK, Lênio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O Que É Isto – As Garantias Processuais Penais?** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

TARDE, Gabriel. **A Opinião e as Massas**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOB protesto, comissão aprova reduzir a maioria penal de 18 para 16 anos. UOL Notícias Cotidiano. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/17/sob-protesto-e-forte-seguranca-comissao-aprova-reducao-da-maioridade-penal.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2015.