

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO EXERCIDA
SOBRE O JUIZ CRIMINAL**

HERIVELTON REZENDE DE FIGUEIREDO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

2014

Herivelton Rezende de Figueiredo

A influência dos meios de comunicação exercida sobre o juiz criminal

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa para a
obtenção do título de Mestre em Ciências
Jurídico-Criminais, sob a orientação do
Professor Dr. Augusto Silva Dias.

Lisboa

2014

RESUMO: Os meios de comunicação em massa atuam como uma mediação simbólica das expectativas sociais. E quando retratam os riscos e as incertezas do mundo pós-moderno amplificam a sensação do medo social que influencia a opinião pública. A opinião pública é formada pelas massas, isto é, grupos de indivíduos que deixam de obedecer a certa racionalidade agindo em torno dos sentimentos e que possuem uma força legitimadora ou enfraquecedora do poder. E, assim, quando os meios de comunicação constroem a visão do crime com a ajuda de imagens impactantes, drama e sensacionalismo para atrair as massas proporcionam uma distração ao mesmo tempo em que reforçam o sentimento de insegurança das pessoas e a descrença nas instituições. Isto tem como resultado uma influência na agenda política para expandir o direito penal como forma de solucionar os problemas sociais. Os juízes, por sua vez sentem-se na obrigação, mesmo que inconscientemente, de combater esse medo para acalmar a população e preservar a credibilidade do Poder Judiciário, mas ao fazer isto põe muitas vezes em descompasso com os princípios mais básicos do processo penal o que resulta em condenações antecipadas por meio de prisões preventivas, ou sentenças injustas, ou ainda que justa a condenação a pena fica demasiadamente severa. Para resolver esta influência midiática prejudicial a um julgamento justo o juiz deve ter o preparo técnico adequado para racionalmente garantir o devido processo legal, assim como a parte interessada que deve buscar resguardar seu direito a personalidade para conter a nociva publicidade da mídia dada durante o julgamento criminal perante a opinião pública capaz de influenciar o juiz.

Palavras-chave: Teoria da comunicação de massa. Criminologia. Princípios constitucionais do processo penal. Proteção do devido processo legal.

ABSTRACT: The mass media serve as a symbolic mediation of social expectations. And when portray the risks and uncertainties of the postmodern world amplify the feeling of social fear that influence the public opinion. Public opinion is formed by the masses, that is, groups of individuals who fail to obey certain rationality acting around of feelings and they can legitimate a power to become more strong or weak. And so, when the media construct the vision of the crime with the help of striking images, drama and sensationalism to provide a distraction at the same time they reinforce the feeling of insecurity of people and distrust in institutions. This results in an influence on the political agenda to expand the criminal law as a means of solving social problems. The judges, on the other hand, feel obliged, even if unconsciously, to combat this fear to calm the population and preserve the credibility of the judiciary system, but doing this puts often at odds with the most basic principles of criminal procedure which result in convictions anticipated by preventive arrests, or unjust sentences, or even just a sentence the penalty is too severe. To solve this harmful media that influence a fair trial the Judge should have technical training suitable for rationally through mechanisms able to ensure due process, as well as the interested party should seek to safeguard their right personality to contain harmful advertising media given during the criminal trial before the public opinion able to influence the judge.

Keywords: Theory of mass communication. Criminology. Constitutional principles of criminal procedure. Protection of due process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
1. O PODER DA MÍDIA	5
1.1 A função social da mídia	5
1.2 A mídia como catalisadora do sentimento de insegurança	14
1.3 A relação da mídia com a opinião pública	23
2. POLÍTICA CRIMINAL MUDIÁTICA	32
2.1 A construção social do crime pela mídia	32
2.2 Legisladores midiáticos	41
2.3 Julgamentos midiáticos	50
3. DIREITOS, GARANTIAS E LIMITES À LIBERDADE DE IMPRENSA	60
3.1 Liberdade de expressão	60
3.2 A publicidade da mídia nos julgamentos criminais	69
4. PRINCÍPIOS SENSÍVEIS À INFLUÊNCIA MUDIÁTICA	79
4.1 Presunção de inocência	79
4.2 Imparcialidade judicial	88
4.3 As diversas formas de verdade	97
5. MECANISMOS DE PROTEÇÃO CONTRA A INFLUÊNCIA MUDIÁTICA	106
5.1 Sigilo judicial	106
5.2 Proibições de prova	115
5.3 Mecanismos de proteção dos jurados	126
5.4 Outros mecanismos de proteção	135
CONCLUSÃO	143
BIBLIOGRAFIA	146

INTRODUÇÃO

A globalização tem como pressuposto a necessidade da informação, contudo diante das complexidades do mundo moderno não é possível ao ser humano ser especialista em todas as questões ou mesmo estar atualizado de tudo acerca do que ocorre no mundo, por isso os meios de comunicação de massa também chamada por nós de mídia tem um profundo destaque na atual sociedade, porque ela filtra as informações e procura expor com clareza questões que para a maioria de nós seria de difícil compreensão.

Contudo, no campo da mídia das massas, ou melhor, os meios de comunicação em massa ao possibilitarem a sensação de um saber onipresente (sabemos de tudo o que acontece no mundo), construíram um saber mediatizado, ou seja, filtrado por quem escreve a notícia e acessível para todos, logo a simplicidade é o princípio fundamental dos meios de comunicação para torná-la acessível. Com efeito, saberemos de tudo, mas paradoxalmente será sempre superficialmente.

Todos os assuntos que são alvos da mídia serão simplificados, o que por óbvio inclui as Ciências Criminais (direito penal, processo penal, criminologia). O conhecimento destas ciências são mediatizados para o público leigo, pois ele não lê diretamente as provas e argumentações que fundamentaram a sentença, tudo se passa para o espectador como se fosse um programa de culinária ou novela, em outras palavras, é um espetáculo capaz de desenvolver todo do tipo de emoção assim como amplificá-lo ao possibilitar que ela ultrapasse as fronteiras da comunidade local podendo ganhar muitas vezes até uma dimensão internacional.

O crime, em especial aqueles cruentos, é visto como uma negação dos padrões mínimos de convivência em sociedade, por isso sempre desperta a ânsia pelo castigo como a solução para reafirmar os valores da sociedade, ou seja, é aplicar a justiça.

A mídia amplifica essa busca pela justiça, mas é uma justiça movida pela paixão e não pela razão daí o perigo de tratar justiça e castigo como sinônimos, haja vista que nem sempre o castigo é justo.

Difícilmente veremos na mídia um debate acadêmico acerca da natureza do crime praticado. O sujeito agiu com dolo? É possível aplicar a teoria da imputação objetiva? Em geral limita-se a verificar se foi legítima defesa ou não e sempre superficialmente.

Esta superficialidade inerente aos meios de comunicação cria uma espécie de sentença dos meios de comunicação para o acusado com grande credibilidade perante o público fazendo pressionar o Poder Judiciário para atender as expectativas da população.

O juiz que corresponde a esta expectativa e passa por cima da técnica é visto como um herói moderno, combatente do crime, responsável pela diminuição da sensação de insegurança amplificada pelos alarmismos da mídia sensacionalista. Por outro lado, aquele que frustra esta expectativa corre o risco de sofrer um ostracismo social, pois é visto como um burocrata distante dos problemas sociais.

Este novo dilema (justiça das massas ou justiça como fruto da racionalidade) é potencializado pela mídia e atua na mente do julgador de tal forma que conscientemente ou inconscientemente procura satisfazer a opinião pública.

O perigo de satisfazer as massas é que o Poder Judiciário pode deixar de lado sua construção dogmática cunhada durante séculos para atender um populismo que vive de momento e de casos que a mídia elege para promover aquilo que ela entende de justiça.

A justiça da mídia é diferente da justiça do Poder Judiciário, mas podem até correr paralelamente sem problemas (haja vista a necessidade dos dois sistemas na sociedade pós-moderna), desde que aquela não sobreponha a esta. Porém, uma vez sobreposta, a mídia afetará os pressupostos mais básicos do processo penal que são os princípios da presunção de inocência, imparcialidade do juiz e a verdade real.

Isso não significa também que a mídia deve calar-se diante do Poder Judiciário, porque se isto acontecesse estaríamos cerceando um dos pilares da democracia e também o próprio estilo de vida pós-moderno que temos hoje. Assim, qualquer tentativa de radicalizar a censura seria anacrônica.

Logo, os juízes devem buscar formas de harmonizar o direito à informação com a dignidade da justiça, ou seja, por de lado a tentação oferecida pela mídia de criar um populismo penal como solução de todas as mazelas sociais para aplicar o Direito como fruto de uma racionalidade, pois aplicar o castigo a todo custo para camuflar os problemas sociais é tratar apenas o sintoma da doença e não ela em si e desta forma mais cedo ou mais tarde o problema virá à tona com muito mais força e as instituições, inclusive o Poder Judiciário perderão a credibilidade perante a sociedade.

Por isso, dividimos o tema em cinco áreas a serem analisadas: Primeiramente analisaremos como a mídia influencia a sociedade, em seguida estudaremos que tratamento a mídia dá ao crime e ao criminoso e de que forma ela pode influenciar na criação da lei e no Poder Judiciário. Estabeleceremos quais são os seus limites dentro do direito para que

não configure um abuso do direito de informar e uma vez ultrapassados estes limites estudaremos quais são os princípios diretamente afetados pela sua ingerência. E, por fim, vamos demonstrar os mecanismos capazes de impedir a influência prejudicial da mídia quando ela tentar se sobrepuser a verdade processual.

1. O PODER DA MÍDIA

1.1 A função social da mídia

O campo de atuação da mídia reside na palavra pública, selecionando e distribuindo a informação tendo sua legitimidade conferida pelo direito de acesso à informação e da própria sociedade que se contrapõe ao autoritarismo.

Atua como uma prática racional das sociedades modernas de mediação simbólica dos discursos de exigências racionais e críticas, ou seja, corresponde a uma delegação conferida pela sociedade em virtude da sua incapacidade de gerir a multiplicidade de interesses divergentes. Isto tem como consequência a aproximação dos diversos grupos da sociedade em torno de uma questão, mas ao mesmo tempo pode ser visto como uma ameaça com certos grupos ou atores sociais (ESTEVEVES, 2007, p.149-150)¹.

Seu poder é simbólico, isto implica em dizer que é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer um sentido imediato do mundo uma concepção homogênea do tempo e do espaço que torna possível a concordância entre as inteligências (BOURDIEU, 1989, p. 9)².

Luhmann³ ao analisar a teoria dos meios de comunicação como fundamento do poder parte da ideia de que todos os sistemas sociais somente se constituem por meio da comunicação, esta por sua vez é produzida quando se compreende a seletividade da mensagem.

Os símbolos dentre um contexto de seleção e motivação assumem a função mediadora entre os parceiros chamados aqui de *Alter* e *Ego* e o resultado é a reprodução do tema sob condições simplificadas. O *Alter* possui uma insegurança, porque dispõe de alternativas e o *Ego* influencia a escolha do tema. A coação nesse modelo serve para centralizar a decisão, entretanto a seleção do *Alter* implica na redução das opções do *Ego*, portanto a existência de uma estrutura de poder torna sem sentido para o subalterno formar uma vontade própria, em outras palavras, ela neutraliza a vontade, embora não

¹ESTEVEVES, João Pissarra. **A ética da comunicação e os media modernos**: Legitimidade e poder nas sociedades complexas. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 149-150.

²BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989, p. 9.

³LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 8.

necessariamente rompe o querer do subalterno, pois regula os efeitos das contingências de forma que atua como um catalisador ao acelerar ou retardar a incidência dos fenômenos, modificando o grau de incidência e probabilidade que seria de se esperar nas relações causais. Logo, pode ser uma oportunidade de aumentar a probabilidade de ocorrência de determinados eventos seletivos, ou seja, abriga uma tendência de auto-reforço (LUHMANN, 1982, p. 8)⁴.

É típico dos meios de comunicação que sua problemática seja formulada em uma constelação de interações específicas destacando-se das coisas óbvias da vida na qual o objeto específico constitui-se em generalizações. Isto pode ser explicado, segundo Luhmann, na teoria da evolução social de que apesar da alta contingência e especialização é preciso transmitir a informação de forma a manter o nível de desenvolvimento alcançado nas sociedades modernas⁵.

Assim, o ato de ver televisão além de ser uma “atividade familiar” catalisa as relações sociais por meio da conversa tornando a mídia um universo simbólico de axiologia da vida social atingindo a mais ampla cobertura temática transformando a sociedade em espectadores perplexos do “visível”. Portanto, a ação simbólica dos meios de comunicação de massa em especial a televisão atrai a atenção para os fatos que interessam a todos formando um consenso. Mas, depois de selecionado como podemos responder à problemática de maneira uniforme?

Segundo Bourdieu os jornalistas buscam o sensacional que convida à dramatização no duplo sentido: põe em cena um acontecimento e exagera sua importância por meio das palavras, assim interessam-se pelo excepcional que rompe com o ordinário (BOURDIEU, 1997, p. 25-26)⁶.

Contudo, apesar da polêmica anunciada, muitas vezes a presença de vários interlocutores gera uma redução das divergências nos jogos de palavras entre os participantes e o mediador no qual o problema acabou por desvanecer diante da força pragmática da mídia⁷.

Esta força decorre da padronização das notícias que ocorre devido à concorrência entre seus pares na busca pela informação, os jornalistas acabam sendo os que mais leem jornais para selecionar os temas, evitar erros, copiar sucessos de forma que eles pensam,

⁴Luhmann utiliza de um conceito da psicologia para explicar o processo de seleção e de que forma emissor e receptor contribuem para esta operação.

⁵LUHMANN, 1982, p. 13.

⁶BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**: Seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Tradução Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 25-26.

⁷ESTEVES, 2007, p. 168.

segundo Bourdieu, por ideias feitas, em outras palavras, aquilo que é aceito por todos visando que a comunicação seja instantânea, entendida por todos, e a resposta ao problema seja induzido pelo discurso mediático a uma solução pronta para o público como algo óbvio, transmitido de forma neutra ao receptor⁸.

Além da neutralidade como condição de credibilidade da informação temos também a objetividade dentro do campo jornalístico um ideal valorizado no mundo jornalístico e cuja adoção serve para produzir a imagem definidora do “bom profissional” (LOPES, 2007, p. 7)⁹.

A objetividade revela, na verdade, um ceticismo em relação aos fatos, sendo, portanto, não uma tentativa de ser isento, mas uma técnica conscientemente adotada para construir o texto de maneira menos abstrata, isto está em alguma medida influenciada pela valorização da objetividade científica ou talvez pode ser um fator de proteção a críticas para eximir-se da responsabilidade.

A notícia é construída em quadros (frames) para fornecer informação de maneira volumosa que atrapalha uma leitura mais contextualizada, assim dá pouca margem a construir relações causais entre os acontecimentos de modo que não permite ver desdobramentos, perde-se o encadeamento lógico em favor do entendimento do texto encerrado em si mesmo.

O mesmo ocorre no debate televisivo no qual a palavra dada aos representantes dos diversos segmentos sociais – econômico, político, cultural, científico, etc. Para dar credibilidade à notícia e ao mesmo tempo temos a falta de confiança nas autoridades devido à justaposição de interesses muitas vezes divergentes sobressaindo apenas o debate, pois visa apenas reforçar a cobertura da mídia e de modo a dar uma credibilidade não aos participantes, mas a mídia neutralizando todas as posições. Para Pina os meios de comunicação em massa acabam exercendo uma espécie de contrapoder:

Em Portugal, os comentadores também são vistos como contribuindo para o descrédito da política já que assumem um papel de “contra-poder” para apresentarem uma imagem isenta junto do público. “Por força desta relação com os jornais, desta descrédibilização dos partidos, e muitas vezes dessas posições de influência dos comentadores, o discurso

⁸BOURDIEU, 1997, p. 40. Esse mito da neutralidade decorre da crença de que é possível separar o fato do valor. Sendo que este é individual sobre como o mundo deve ser visto, este domínio é atribuído ao restante dos campos sociais e aqueles são asserções sobre o mundo suscetíveis de uma validação independente (ESTEVES, 2007, p. 167).

⁹LOPES, Fernanda Lima. Discurso jornalístico e autolegitimação pela reprodução de vozes. In: XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, ano 2007, Santos. **Anais do XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. São Paulo: Intercon, 2007. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/resumos/R1232-1.pdf>>. Acesso em: 25. abr. 2013, p. 7.

jornalístico em Portugal está muito voltado para uma posição de contra-poder” só atenuado pela proliferação de blogues, onde o debate se abre a opiniões diferentes e contraditórias (PINA, 2009, p. 69)¹⁰.

A necessidade de estar integrado socialmente leva os indivíduos a aderirem aos comportamentos praticados por outras pessoas, por isso procuram o consenso disseminado pela mídia e à medida que se alastram, calam as vozes contrárias de modo que se constrói a realidade social baseada no poder simbólico. Mas, como esta ampla disponibilidade de materiais simbolicamente mediados pode atrair o *Ego* para formar um conhecimento socialmente construído?

Na proporção que o ambiente social dos indivíduos vai crescendo em complexidade, eles vão construindo sistemas de conhecimentos práticos sobre a realidade que lhe permitem enfrentar as demandas da vida moderna no qual a mídia atua como uma fonte de conselhos sobre como enfrentá-los de maneira simples e clara (THOMPSON, 1998, p. 191)¹¹.

A realidade socialmente construída não depende de validade empírica, mas de fortes tendências capazes de influenciar mudanças culturais e forças sociais. Por exemplo, uma conduta pode ser criminalizada ou descriminalizada independentemente de mudanças na vitimização ou da estatística de crimes.

O conhecimento social advém de outras pessoas, instituições, mídia. Todos os eventos nos quais não somos testemunhas, mas acreditamos terem ocorridos. É uma intimidade à distância que dá aos indivíduos uma oportunidade de explorar as relações interpessoais de uma forma vicária. Como distinguir a experiência vivida da compartilhada?

Primeiro experimentar eventos por meio da mídia em sua grande maioria como dissemos é estar distante espacialmente do fato ocorrido. Em segundo essa experiência é sempre recontextualizada no cotidiano com capacidade para chocar e desconsertar, possibilitando aos indivíduos deslocarem-se com facilidade do espaço privado das experiências para o público. Mas ao contrário da experiência individual a mediada afeta o *Ego* de maneira mais sutil intermitente e seletivo. Para cada indivíduo é possível construir uma balança sob o qual valoriza mais a experiência individual ou a mediada. Por exemplo, no caso dos políticos a experiência da realidade socialmente construída é necessariamente um aspecto integral e regular da sua vida.

¹⁰PINA, Sara. **Media e leis penais**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 69.

¹¹THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade**: Uma teoria social da mídia. Tradução Wagner de Oliveira Brandão. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 191.

Contudo, mesmo aquele distante das questões políticas ou o que almeja fazer uso do espaço público consegue deslocar-se temporariamente para outros microcosmos e dependendo de seus interesses e prioridades é capaz de exercer uma forma de controle social simbólico, isto significa uma carga de responsabilidade para aqueles que têm a agenda política.

A liberdade de manifestação do pensamento, por mais desconfortável que seja para as autoridades estabelecidas é um aspecto vital da ordem democrática moderna ao conferir uma publicidade entre o Estado e aqueles que estão separados dela.

O modelo tradicional da publicidade derivada do mundo antigo em assembleias e praças públicas define em essência a vida pública que é o intercâmbio de argumentos uns com os outros diretamente. Porém, este modelo não se aplica nas sociedades de massa, por isso os meios de comunicação criaram uma nova forma de espaço público que não estão mais localizadas no espaço e tempo e não tem um caráter de interação.

Então como deveríamos entender esta nova concepção de espaço público? Thompson¹² responde afirmando que se trata de uma esfera de circulação das formas simbólicas de maior abrangência e a interação ocorre entre um pequeno número de indivíduos, ou seja, apenas os produtores de um programa discutem a notícia. A busca por reconhecimento político não ocorre na praça, mas na luta pela visibilidade dentro da imprensa. Por exemplo, os movimentos sociais como o dos “pacifistas” que reivindicam penas mais severas para os criminosos mobilizam outros indivíduos que não compartilham o mesmo contexto-espacial de modo a politizar o cotidiano.

Por isso, as diferentes organizações políticas e sociais estão particularmente atentas à programação midiática ao mesmo tempo em que os atores políticos se preocupam com a amplificação e as consequências midiáticas de sua intervenção. De modo que esta visibilidade conferida pelos meios de comunicação em massa pode exercer uma pressão sobre as instâncias de decisão política, pois eles são o principal meio da comunicação política (abrange a comunicação direta feita pelas instituições políticas e aquelas que são mediadas pelo jornalismo). Isto implica na hiperpersonalização (destaca a figura dos líderes políticos), dramatização (os fatos políticos são apresentados em torno de uma narrativa emotiva), fragmentação (predominância de dimensões não verbais, como a imagem ou a voz, sobre a argumentação racional) e a normalização (uniformização do discurso político de acordo com o enfoque midiático)¹³.

¹²THOMPSON, 2005, p. 213.

¹³PINA, 2009, p. 82

Ao fornecer informações e pontos de vista os indivíduos assumem juízo de valor sobre assuntos de seu interesse, por isso a mídia apresenta uma natureza de mão dupla de dependência com o sistema político. Enquanto a mídia na sociedade capitalista tem como meta conseguir lucro por meio do desempenho de certos papéis como o de vigilância e investigação o sistema político por seu lado controla a legislação, órgãos regulamentadores e a justiça de forma que endossa a atuação da mídia diante de uma democracia ao mesmo tempo em que ela possibilita a estabilidade social por meio das representações simbólicas de violência.

A construção social da realidade pela mídia se divide em quatro fases: 1 – Buscam as condições, eventos, características que o mundo apresenta, ou seja, os fatos; 2 – realizam a interpretação desses fatos por meio de histórias, estatísticas, teorias; 3 filtram as informações de acordo com os interesses dos poderosos grupos que os patrocinam para pré-estabelecer temas culturais; 4 – por fim, constroem diretivas públicas por parte da corrente dominante apontando soluções, condições, tendências e as causas do problema. Assim, temos, por exemplo, a prática de um crime, este fato poderá ser problematizado de uma maneira pela qual a criminalidade está fora de controle de forma que se estabelece um tema: segurança pública. Ao estabelecer o tema, dá credibilidade mais a certos grupos do que outros, podendo promover o grupo a favor de criar leis mais duras em detrimento daqueles que defendem o aumento efetivo do número de policiais, criando assim uma corrente dominante. Esta por sua vez determina a política criminal para combater o crime apontando as soluções mais aceitáveis. Assim, a mídia ao distribuir o conhecimento constrói a visão do mundo diferente da experiência individual e esta incorpora aquela realidade simbólica (SURETTE, 2007, p. 34-36)¹⁴.

Por isso, designações como *quarto poder*, *quarto estado*, *watchdog* são comumente usados para revelar a função social da mídia como meio de controle social colocando-a em pé de igualdade com os poderes clássicos estabelecidos na doutrina de Montesquieu de modo que a imprensa seria uma instituição capitalista não estatal¹⁵.

Essa vinculação com a realidade ocorre justamente porque está longe de ter uma carga axiológica neutra. Logo, o objeto do discurso não se encontra delimitado nas

¹⁴SURETTE, Ray. **Media, crime and criminal justice: images, realities, and polices**. 3. ed. Califórnia: Thomson Wadsworth, 2007, p. 34-36.

¹⁵PINA, 2009, p.61

palavras, mas nas condições de possibilidades dos discursos ligada pragmaticamente à temática ideológica¹⁶.

Esta dinâmica da mídia faz com que seja um mecanismo de regulação social de tal modo que os outros sistemas têm de contar e de certo modo adaptar-se. A mídia torna-se virada para si própria ao funcionar como um sistema-meio dos fluxos de comunicação¹⁷.

Os casos amplamente divulgados pela mídia funcionam como modelos de formação de discursos sobre problemas sociais. O resultado é que o tema funciona como um molde constituindo um dado adquirido limitando leituras alternativas provocando um sentimento de necessidade de medidas imediatas por parte dos responsáveis políticos e caso eles não consigam reagir com o mesmo impacto sua competência passa a estar posta em causa perante a população¹⁸.

Portanto, o poder simbólico da mídia confere a capacidade de sanção à medida que modela (constrói a realidade), por meio da violência simbólica no qual o núcleo do processo de comunicação que é a informação, resulta de uma determinada seleção e a mensagem é a concretização de um código binário¹⁹, cuja compreensão não é objeto de avaliação semântica, mas estética com consequências para a ordem social. Contribuindo para que em princípio o exercício da violência real fique limitado e de caráter excepcional.

Assim, podemos afirmar que a eficácia do poder depende da incorporação da violência simbólica e articulação com outros elementos capazes de produzir um sentido específico próprio de regulação das relações humanas e das trocas sociais. Mas, qual o critério determinante na relação de poder? Seria a eficácia da transmissão da linguagem auferida pela capacidade de orientação para a ação dos agentes sociais com um mínimo de custo ao acelerar os processos de escolha, oferecendo respostas simples e automáticas?

Para delimitar é necessário persuadir e isso só é possível não por meio do debate e argumentações, mas pela manipulação dos símbolos e das emoções mais profundas. Especialmente em questões criminais a mídia pela retórica pretende direcionar a interpretação dando sugestões para a opinião pública e especialistas da área entre eles o juiz do processo sobre o evento ocorrido (SOUZA, 2010, p. 54)²⁰.

¹⁶Não referimos especificamente às posições políticas como a relação entre a direita e esquerda, mas a maneira de ver o mundo no plano individual no qual o interesse preponderante de certos grupo dominantes se sobrepõem para buscar um fim almejado.

¹⁷ESTEVES, 2007, p. 405

¹⁸PINA, 2009, p. 65-66

¹⁹Por exemplo, determinado tema pode nos dar uma visão de mundo sobre justiça ou injustiça, verdade ou mentira, etc.,

²⁰SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54.

Na realidade a persuasão é anterior ao surgimento dos meios de comunicação de massa, o termo “retórica” era empregado com referência à arte de utilizar a linguagem para influenciar os julgamentos e a conduta dos outros. DeFleur destaca três estratégias teóricas que indicam na melhor das hipóteses os fatores e variáveis que podem influenciar o indivíduo com relação à comunicação de massa (DEFLEUR; BALL-ROCKEACH, 1993, p. 293)²¹:

1 – Estratégia psicodinâmica: A persuasão consiste em receber um estímulo, que logo em seguida o organismo dará uma resposta e por último uma forma de comportamento vem a seguir, isto no campo midiático pode ser representado pela divulgação de um evento que cause uma resposta emocional como o medo ou a raiva no qual ao fornecer uma resposta simplista para o problema manipula o comportamento humano. É uma prática bem comum quando o tema é ligado às questões criminais.

2 – Estratégia sociocultural: Trata-se do comportamento controlado dentro das expectativas sociais, a ideia é redefinir uma conduta por meio de uma mensagem que transmite consenso por um grupo dominante, trata-se de uma tentativa de propagar uma conduta, transformá-la de inaceitável para aceitável. É voltado para promover produtos comerciais e programas de governo.

3 – Construção de significados: Busca delinear a maneira pela qual o comportamento das audiências da mídia pode ser influenciado sem intenção deliberada, a ideia é de que o conhecimento sobre determinado assunto influi no comportamento. A mídia ao divulgar um crime explica sua causa de maneira simplista, este conhecimento influi o pensamento do indivíduo a respeito sobre como as autoridades públicas deveriam proceder para evitar a prática de novos crimes ou que o juiz deve condenar o suspeito, pois as provas já estão todas reveladas pela imprensa.

Estas estratégias de persuasão somente são possíveis com a homogeneização do discurso midiático que cria estereótipos a fim de demarcar e orientar as condutas dos homens. Mas, dada à diversidade de articulações que se estabelecem pode fazer com que os processos de significantes estereotipados fiquem em um domínio limitado da atividade humana, ou seja, exerce uma influência no espaço público.

Contudo, essa homogeneização estaria ameaçada pela internet? Lopes, responde negativamente, pois se por um lado ela amplia as possibilidades enunciativas em diversos formatos, tal tendência não deve, contudo, ser tomada como sinônimo de democratização,

²¹DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROCKEACH, Sandra. **Teorias da Comunicação de massa**. Tradução Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 293.

porque grande parte do conteúdo da internet deriva da transposição de veículos de comunicação que já faziam os jornalistas em outros formatos. Há que se destacar que por trás dos mais visitados sites está o poder econômico de grandes empresas refletindo a lógica utilitarista de mercado de modo que não rompe com a estratégia de autolegitimação do jornalismo e reprodução hegemônica das notícias²².

Cervini destaca a Teoria da Construção do Temário (agenda-setting), que surgiu a partir do ano de 1970. Ela reconhece a capacidade dos meios de comunicação em influenciar a visão de mundo das pessoas e das instituições dado seu vasto campo de conhecimento e amplo poder de divulgação (CERVINI, 2003, p. 34)²³.

Ela investiga a relação entre os problemas que foram enfatizados pelos meios de comunicação e aqueles que são tidos como mais importantes para o público em geral ou para certos grupos. Argumentam que não é um mero nexos de causalidade direto entre o conteúdo dos meios de comunicação e a percepção do público sobre aquilo que é tido como importante, pois eles têm o poder de transmitir às pessoas como pensar.

A notícia aparece como uma construção social da realidade, ou seja, todo o conhecimento que o homem possui é mediado por meio da mídia na qual eles agem. Dentro deste quadro a linguagem e imagem têm um papel fundamental de elementos básicos da moderna socialização individual, levando em conta que o receptor, apesar de estar homogeneizada, reconhece não como um processo unilateral e autoritário, mas fruto da liberdade de expressão e por isso produz uma credibilidade sobre o emissor.

Portanto, pode ser que a relação entre o jornalista e seu alvo é definida de acordo com a confiança social e historicamente definida. Aos jornalistas foram atribuídas as atividades de coleta de eventos e questões importantes para atribuírem significados. Este contrato é baseado em atitudes epistêmicas e semióticas coletivas, forjadas pela implantação da realidade social tida como importante ao público e para ser considerada relevante é necessário que os meios de comunicação realizem uma prática contínua de autolegitimação para reforçar esse papel social, entre elas a ideia de neutralidade.

Ironicamente a mídia ao agir como instrumento de informação mobilizadora às vezes tende a ser uma forma perversa da democracia direta ao fazer desaparecer à distância entre o cidadão e o Estado em vista da urgência das paixões coletivas, pois na lógica específica de um campo voltado para a produção de um bem altamente precíval que são

²²LOPES, 2007, p. 13-14.

²³CERVINI, Raúl. Nuevas reflexiones sobre extravictimización mediática de los operadores de la justicia. *Revista CEJ*, Brasília, V. 7 n. 20, p. 30 a 46, mar. 2003, p. 34. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/519/700>>. Acesso em: 19. maio. 2013.

as notícias a concorrência pela clientela tende a tornar-se prioritária, isto é, as notícias ficam próximas do polo comercial privilegiando profissionais que valorizam uma informação em função de sua atualidade.

1.2 A mídia como catalisadora do sentimento de insegurança

O medo é um sentimento conhecido de toda criatura viva que consiste em uma reação dos animais diante de uma ameaça que ponha em risco suas vidas, oscilando as alternativas em fuga ou agressão. Porém, os humanos conhecem uma espécie de “medo derivado”, que pode ser chamado de medo social orientando sua percepção de mundo e expectativas sociais, ou seja, trata-se da sensação de insegurança (o mundo está cheio de perigos) e vulnerabilidade (no caso de o perigo se concretizar teremos pouca ou nenhuma chance de fugir), (BAUMAN, 2006, p. 9)²⁴.

Os perigos dos quais se tem medo podem ser de três tipos: ameaça ao corpo, à propriedade ou à confiabilidade na ordem social (renda, emprego, sobrevivência no caso de invalidez ou velhice, capacidade de proteger-nos dos criminosos, etc.). Podemos afirmar que o Estado tem sua razão de ser no dever de obediência dos cidadãos e na promessa de protegê-los das ameaças à sua existência, porém não é capaz de cumpri-la integralmente e assim rebaixa a sua luta contra o medo dos perigos à segurança social para os perigos à segurança pessoal²⁵.

A insegurança moderna em suas várias manifestações é caracterizada pelo medo de crimes e criminosos. Suspeitamos dos outros e de suas intenções, nos recusamos a confiar (ou não conseguimos) na constância e na regularidade da solidariedade humana. A culpa pode ser atribuída ao individualismo moderno que foi construído sobre a ideia da contingência de que o perigo está em toda a parte. A sensação de insegurança tem dois pressupostos: A primeira é a supervalorização do indivíduo liberado das restrições impostas pela densa rede de vínculos sociais e a segunda consiste na fragilidade e vulnerabilidade do indivíduo justamente porque se encontra desprotegido dos antigos vínculos que lhe garantiam o Estado do bem-estar social (BAUMAN, 2009, p. 16-17)²⁶.

²⁴BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, p. 9.

²⁵BAUMAN, 2006, p.10-11.

²⁶BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009, p. 16-17.

O Estado moderno teve que enfrentar a tarefa de administrar o medo promovendo o “Estado social”, que redistribui as riquezas, mas a proteção somente pode ser coletiva.

Com isto o Estado gerencia um quadro que descreve a constituição de uma classe perigosa: pessoas em “excesso”, que temporariamente ou permanentemente estão excluídas da sociedade de modo que não pertence a qualquer categoria social legítima, por exemplo, as pessoas desempregadas equivalem a serem marcadas como inábeis ao trabalho²⁷.

Mas, o fato de saber que este mundo é assustador não significa viver com medo em tempo integral. Ele é gerenciado com sistemas de vigilância, prisões, etc., capazes de estabelecer uma confiança no sistema, ou seja, a expectativa de que em uma situação de risco do qual o indivíduo não tem controle o Estado tende a minimizá-lo. É um cálculo de probabilidade de que as coisas possam ou não dar certo.

Há uma diferença entre riscos e incertezas. Aqueles podem ser calculados, enquanto estes se expandem no tempo e espaço devido à aleatoriedade essencial e incurável do futuro²⁸. Disso se extrai um paradoxo, pois com o crescimento da capacidade de nossos instrumentos e recursos de ação, cresce também a sensação de que eles sejam inadequados para erradicar o mal que vemos e o mal que ainda não foi visto. Assim, a geração mais equipada tecnologicamente da história humana é aquela mais assombrada por sentimentos de insegurança, vivemos em algumas das sociedades mais seguras que já existiram, no entanto de elevado grau de insegurança que sentimos em um planeta globalizado.

Leal estudou o sentimento de insegurança em duas regiões de Portugal no ano de 2001 no Concelho de Mértola (eminentemente rural, distrito de Beja, região do Baixo Alentejo) e a Linha de Sintra (eminentemente urbano pertencente à área da Grande Lisboa). Verificou que na Linha de Sintra há dois tipos de representações simbólicas de insegurança no qual cerca de metade dos que residem no concelho de Amadora e bairros contíguos a bolsas habitacionais dominadas pela pobreza e exclusão são indivíduos com experiências diretas de vitimização por roubo ou de pessoas que lhe são próximas, possuem um discurso de pessimismo e alguma raiva por aqueles que presumem serem os agentes da insegurança: os grupos étnicos minoritários. O restante dos entrevistados na Linha de Sintra constrói a percepção de insegurança de acordo com as características econômicas, sociais e culturais dos grupos que habitam esses espaços sentindo-se seguros

²⁷BAUMAN, 2009, p. 22.

²⁸BAUMAN, 2006, p. 131-132

em casa e rua, todavia tem consciência que em certas zonas da Linha de Sintra a insegurança poderá ser uma preocupação levada em conta (LEAL, 2007, p. 492)²⁹.

Em Mértola não há insegurança simplesmente porque as pessoas se sentem seguras, embora não neguem que ela exista de forma que constroem uma imagem negativa das cidades especialmente Lisboa³⁰.

A maioria dos entrevistados afirma que a toxicod dependência é a principal causa geradora da pequena criminalidade, ideia corroborada pelas abordagens jornalísticas e também a aparente desregulamentação das instituições da família e escola foram apontadas como causas de desintegração do indivíduo.

As condutas e os acontecimentos de natureza criminógena noticiados de forma contínua pelos órgãos de comunicação social, produzem no indivíduo um efeito potenciador e catalisador da atenção destes, porque sabem que desse modo é possível explorar a estranha curiosidade que as pessoas têm acerca do lado mórbido da vida... (LEAL, 2007, p. 498)³¹

Assim, as cidades que na origem foram construídas para dar segurança a todos os seus habitantes, hoje estão cada vez mais associadas ao perigo. O fator medo pode ser medido pelo incremento dos mecanismos de tranca para automóveis, portas blindadas, popularidade das *gates and secure communities*, vigilância crescente dos locais públicos, alertas de perigo por parte dos meios de comunicação de massa.

Na realidade trata-se mais de um mal-estar do que medo propriamente dito no qual a tecnologia e os meios de comunicação de massa funcionam como uma cultura de controle ampliando as teias de vigilância e substituindo a ideia de criminoso, réu, malfeitor por suspeito ou arguido de um crime ou outro fato ilícito. Desse modo, os meios de comunicação em massa exercem influência sobre o modo como os indivíduos constroem as representações acerca da insegurança e do mundo, mas eles se constituem também de outros fatores (sociais, demográficos, geográficos, etc.) do processo de insegurança no indivíduo.

Soto Navarro distinguiu a insegurança em dois conceitos distintos: a preocupação com o crime e o medo do crime. A preocupação com o crime pode referir-se a uma percepção global que os cidadãos têm sobre a gravidade deste problema. E a outra trata das possibilidades de que cada cidadão tem de ser vítima de um delito, mas também pode ser

²⁹LEAL, José Manuel Pires. O sentimento de insegurança na discursividade sobre o crime **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 17, n. 3, p. 475-503, jul./set 2007, p. 492.

³⁰LEAL, 2007, p. 490

³¹Esta talvez seja a conclusão mais plausível sobre como o sentimento de insegurança atinge áreas com características diferentes e que a sensação é percebida em maior ou menor intensidade conforme os valores individuais e socioculturais de cada região. Interessante observar que o fenômeno da globalização ou melhor a “Era da informação” unificou o sentimento de insegurança variando apenas de intensidade.

entendido como o mero receio de sofrer um crime, se olharmos apenas para o julgamentos emocionais ao invés da razão. Na verdade, o emocional geralmente prevalece, porque o medo do crime não é relacionado com a real possibilidade de ser uma vítima, ou seja, não responde a causas objetiva e externas (SOTO NAVARRO, 2005, p. 4)³².

O sentimento de insegurança deriva não tanto da carência de proteção quanto da falta de clareza de um universo social que estabelece padrões cada vez mais crescentes de segurança, assim como a intolerância a qualquer brecha ainda que mínima no gerenciamento dela.

De modo que no nível individual isso provoca mudanças comportamentais em uma tentativa de não sofrer nenhum crime o que afeta o estilo e a qualidade de vida. Mas, coletivamente as repercussões de crimes podem ser muito prejudiciais para a vida da comunidade, além de reduzir a interação social, por isso os espaços públicos acabam sendo abandonados.

Soto Navarro ao analisar as notícias sobre delinquência em diversos jornais da Espanha no período de 2001 a 2003 constatou que mais da metade das reportagens (52,54%) eram dedicados a demonstrar o crime³³.

O modo de apresentação da notícia é um dos fatores mais influentes sobre a percepção individual acerca da delinquência e como a grande maioria dos leitores somente reserva uma parte do seu tempo para ler o jornal a tendência é que fixem os olhos nas ilustrações e manchetes que o acompanham. E neste estudo ficou constatado que no que respeita ao apoio gráfico, cerca de 50% das notícias sobre crime (45,51%) são acompanhados por ilustrações³⁴.

As notícias que tiveram maior cobertura são as que envolvem homicídio, lesão corporal, crimes contra a liberdade sexual, roubo e desordem pública. Crimes contra a liberdade sexual é notícia quando envolve principalmente violência, pornografia infantil e abuso sexual infantil. Os roubos são relatados em especial aqueles cometidos com armas, roubos a joalherias, bancos, furgões de empresas de segurança. Na desordem pública foi incluído o vandalismo durante as manifestações contra globalização no verão de 2001, e tumultos por parte dos jovens em várias cidades (Cáceres, Zaragoza) para protestar contra

³²SOTO NAVARRO, Susana. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n.7-9, p. 09:1-09:46, 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>>. Acesso em: 30. abr. 2013, p. 4.

³³SOTO NAVARRO, 2005, p. 10.

³⁴Ibid., p. 11.

a legislação antibotellón,³⁵ eventos que tiveram uma significativa cobertura da imprensa. Em seu trabalho ela analisou também o impacto dessas notícias sobre o governo ao analisar as respostas dadas pelas autoridades sobre o assunto, a opinião dos especialistas dadas em entrevistas na imprensa, a pressão da imprensa por um aumento no número de policiais, número de prisões noticiadas, a questão da imigração, da máfia, medidas propostas na França nas eleições presidenciais de 2002³⁶.

Soto Navarro posteriormente analisou os dados de uma pesquisa realizada pelo CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas) no qual foram feitas duas perguntas: Quais são os três maiores problemas atuais da Espanha? Quais são os seus três maiores problemas? Sendo que a autora considerou que a primeira pergunta indica uma preocupação e a segunda refere-se ao medo quando os entrevistados incluíram na resposta a questão da delinquência e assim verificou, que em primeiro lugar, os dados mostraram uma estreita relação entre os índices de preocupação e medo do crime no desempenho mensal das notícias. Logo, Soto Navarro³⁷ concluiu que os fatores de ambos os fenômenos têm a mesma origem e que a mídia pode exercer uma considerável influência sobre a política criminal. O debate social provocado pelas notícias, seja sobre o problema da criminalidade em geral, seja sobre fenômenos específicos da regra penal conduzem à exigência de uma maior intervenção repressiva.

Além disso, foram analisados os dados oficiais sobre a criminalidade na Espanha mostrando o país como pouco violento, bem abaixo da média taxa de criminalidade Europeia no qual os fatos conhecidos da polícia são em média 4.333 crimes por 100.000 habitantes, enquanto na Espanha este número é reduzido pela metade (2.308 crimes por 100.000 habitantes) com destaque para a baixa taxa de homicídios (2,8 versus 7 por 100.000 habitantes), o estupro (3,5 x 7) e lesões corporais (43,2 contra 215), enquanto que acima da média europeia ficaram os crimes contra o patrimônio, com destaque para o crime de roubo (233,8 contra 80)³⁸.

Portanto, a autora concluiu que os dados oficiais mostraram que o maior número de eventos de notícias dedicado aos crimes são de menor incidência, mas causam mais impacto social. Assim, os meios comunicação deram destaque aos crimes de homicídio representando cerca de um terço do total de notícias crime, porém as estatísticas policiais

³⁵Legislação espanhola que restringe a venda e o consumo de bebidas alcólicas

³⁶SOTO NAVARRO, 2005, p. 12.

³⁷Ibid., p. 29.

³⁸Ibid., p. 30.

desse crime chegou a apenas 0,06% dos fatos conhecidos³⁹. E mesmo se a realidade for outra, isto é, que o crime teria aumentado fortemente na Espanha os dados oficiais por si só não seriam capazes de causar preocupação ou medo na sociedade, pois não são comunicados ao público como uma prática regular de instituições públicas de política criminal. Estes dados oficiais são passados para a população por meio da mídia, sendo publicado com um viés de tornar o material interessante. Mesmo não tendo nenhuma seção específica dedicada aos crimes uma percentagem significativa das notícias está localizada na primeira página garantindo a atenção do leitor; as notícias sobre os crimes tendem a ocupar mais de uma página; quase 50% das notícias são apresentadas com elementos gráficos, outro fator consideravelmente influenciador na leitura⁴⁰.

Quanto ao conteúdo da notícia: predominaram de longe os homicídios; em contraste, as notícias de roubos representam os menores percentuais em clara desproporção com estatísticas oficiais sobre a real incidência desses crimes⁴¹.

A notícia gerada por especialistas chegar a ter uma baixa percentagem, mas o tratamento informativo (presença estável, maior percentual de artigos de opinião, com destaque para o sua localização no jornal, extensão e gráfico) mostra alguma inclinação para passar opiniões qualificadas sobre questões de política criminal⁴².

Bauman considera que as descobertas científicas e inovações tecnológicas geram expectativas crescentes que quando frustradas canaliza a ansiedade para o desejo de localizar e punir os culpados de modo que parecemos passar de um “pânico de segurança” para outro, cada qual não menos assustador. E que esses sucessivos acessos de pânico de segurança geralmente seguem às notícias de que algumas instituições humanas (hospitais, prisões e serviços de condicional, fábricas de alimentos e supermercados, unidades de purificação da água etc.) não são seguras e não funcionam tão bem como se presumia sendo explicados de uma forma que nos leva a crer que essas falhas são motivadas por intenções malévolas⁴³.

Com relação à mídia e medo do crime no Brasil, Pastana, chega a uma conclusão semelhante à de Soto Navarro ao afirmar que o noticiário sobre violência migrou dos seus tradicionais redutos editoriais e jornais especializados em crimes, e ganhou destaque, de maneira generalizada, em todos os meios de comunicação que dão ao problema da

³⁹SOTO NAVARRO, 2005, p. 37

⁴⁰Ibid., p. 42.

⁴¹Ibid., p. 42.

⁴²Ibid., p. 43.

⁴³BAUMAN, 2006, p. 170-171.

violência criminal uma roupagem novelística, por isso a notícia sobre violência começa a não só informar como também emocionar estimulando a curiosidade, intolerância e por fim o próprio medo⁴⁴.

Em uma pesquisa realizada pela ILANUD (Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a prevenção do delito e tratamento do delinquente), os pequenos furtos, lesões corporais são de longe os mais frequentes delitos nas estatísticas de criminalidade oficiais. Mas, quem se interessa em ler nos jornais sobre batedores de carteira? Uma carteira furtada passa a ser de interesse jornalístico quando a vítima é uma autoridade pública ou artista conhecido. Na outra ponta figuram os homicídios, estupros, sequestros, ações de traficantes de drogas todos eles cobertos pela mídia em uma proporção superior à participação no mundo do crime. Portanto, a maioria das informações jornalísticas é acolhida em razão da sua característica potencialmente dramática e aterrorizante⁴⁵.

O fato é que a informação assume importância de acordo com a forma pela qual é compreendida na sociedade, que pode ser manipulada por interesses que perpassam diluídos nos discursos veiculados na imprensa, por exemplo, existe um etiquetamento dos criminosos que sempre envolvem negros, migrantes, desempregados e viciados tudo isso em uma espiral sempre ascendente, jamais descendente de criminalidade.

A crítica às definições tradicionais delito (cristalizadas em torno da imagem do criminoso violento das classes desfavorecidas) e a constatação dos danos causados pelo crime comum com os, muito maiores, produzidos pela criminalidade de colarinho branco, levaram os criminólogos radicais a considerar o medo dos cidadãos face ao crime “de rua” como irracional e produto da manipulação das elites. O conceito marxista de falsa consciência foi aplicado ao medo dos cidadãos e analisaram-se os processos pelos quais o Estado, as classes dominantes, as agências formais de controle e os meios estimulam a insegurança dos cidadãos e a organizam em torno de ameaças largamente exageradas (MACHADO; AGRA, 2002, p. 83)⁴⁶.

Assim, podemos concluir que nesse tipo de drama deve haver um vilão que são outros seres humanos vistos como cruéis ou egoístas.

Seria insano negar os perigos do crime, mas a questão é o peso dela entre todas as outras questões de interesse público, pois o criminoso é transformado em uma celebridade, no qual as ameaças à integridade pessoal e à propriedade privada convertem-se em

⁴⁴PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p 73.

⁴⁵PASTANA, 2003, 74-75.

⁴⁶MACHADO, Carla; AGRA, Cândido da. Insegurança e medo do crime: da ruptura da sociabilidade à reprodução da ordem social. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 12, n. 1, p. 79-81, jan./mar. 2002, p. 83.

questões de grande alcance. Aparecem em primeiro lugar nas estratégias de marketing imobiliário com as construções de espaços fechados com a intenção de dividir, segregar, excluir e não criar pontes entre os habitantes. Em segundo lugar temos a capacidade de transformar à sensação de insegurança em um tipo de “capital do medo” no qual a expressão “lei e ordem” transformaram-se em um argumento categórico de venda e promessas políticas difundidas pelos meios de comunicação e medidas pelos índices de audiência.

As temáticas relacionadas ao crime em geral são vivenciadas de forma indireta, mitificadas pela mídia. Na realidade o crime tal como a generalidade dos riscos na sociedade atual trata de uma representação mental. Desta forma o crime dá um processo de atribuição de significados que lhe procuram fixar os contornos da percepção do risco⁴⁷.

Portanto, a mídia é um fator que pode contribuir para o desenvolvimento de atitudes de medo e preocupação social ao crime, mas eles não são nem a única, nem a principal causa de ambas as preocupações. Outras circunstâncias podem ter mais incidência: 1) A experiência pessoal anterior (direta ou indireta). 2) características pessoais: idade, sexo, nível de escolaridade e renda, estilo de vida pré-existente. 3) condições ambientais: local de residência, tamanho da comunidade, o contexto social, o nível de coesão e de integração, e assim por diante. 4) grau de confiança nas instituições de segurança. No entanto, os meios de comunicação têm uma influência. O seu efeito sobre o auditório está localizado principalmente no elemento cognitivo, pois a apresentação de uma imagem distorcida da realidade do crime pode promover a ocorrência de erros cognitivos. Por exemplo, pode promover uma percepção maior da probabilidade real de ser vítima de um crime ou estimar a gravidade do crime como um problema estrutural. Pode também incentivar o desenvolvimento ou reforço de reações de medo de modo a evitar o início do crime, por exemplo, usar câmeras de vigilância na residência, ou contribuir para o surgimento da preocupação com o crime como uma questão de relevância pessoal e social, e a insatisfação sobre a maneira e forma de como o Estado se depara com este problema (FUENTES OSORIO, 2005, p. 15)⁴⁸.

Este discurso apenas reorganiza simbolicamente o mundo, criando um universo simples em que o bem e o mal são claramente identificados, permitindo-nos problematizar

⁴⁷MACHADO; AGRA, 2002, p. 97.

⁴⁸FUENTES OSORIO, Juan L. Los medios de comunicación y el derecho penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. n. 07-16, p. 16:1-16:51, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>>. Acesso em 30. abr. 2013, p. 15.

de maneira simples temas sociais desconfortantes, contudo nos dá um conforto moral ao poder pensar que se evitarmos as pessoas ou grupos identificados como más estaremos a salvo.

O paradoxo que existe na insegurança não é de sua irracionalidade, mas o discurso do medo e a produção de culpados que transmite a sensação de mal-estar que reconstrói certezas e produz (in)segurança.

Embora a mídia não seja o único fator da sensação de insegurança, ela dá um tratamento tendencioso ao problema criminal. Isto pode ser interpretado como a reprodução do ideal de segurança pública politicamente dominante. Portanto, a imprensa cabe uma destacada contribuição como mediadora social na irradiação dos ideais políticos de combate à violência, sendo uma testemunha pública e influenciadora das políticas criminais.

É uma hipertrofia dos fatos que com sua espetacularização se foca para transmitir uma sensação de insegurança devida à forma pela qual a mídia banaliza o problema ao mesmo tempo em que o transforma em estratégias de marketing de mercadorias de consumo, a garantia da “lei e ordem”, cada vez mais confinada à promessa de proteção pessoal, se tornou um grande ponto de venda, talvez o maior, tanto nos manifestos políticos quanto nas campanhas eleitorais. As ameaças à segurança pessoal foram promovidas à posição de grande trunfo, na guerra de audiências dos veículos de comunicação de massa, aumentando ainda mais o sucesso dos usos comerciais e políticos do medo. A busca por segurança ignora totalmente as causas e significados da criminalidade reduz seu tratamento quando expõe ao público em benefício da audiência⁴⁹.

As informações sobre a criminalidade são hoje mais amplamente divulgadas que em outros tempos, seja pelos meios de comunicação de massa, governo, movimentos sociais de combate à violência. Isso gera uma insegurança difusa que não corresponde automaticamente à existência objetiva dos mesmos. Se por um lado é falso imaginar que a massificação social produziu uma multidão de crédulos das notícias midiáticas, também é enganoso derivar da afirmação da reflexividade dos telespectadores perante a notícia jornalística. Assim, a mídia cria uma realidade simbólica na qual potencializa o medo, mas não chega a ser um estado de histeria, mas de um efeito de retirar a notícia de um crime do

⁴⁹BAUMAN, 2006, p. 188.

seu contexto espaço-temporal e colocá-lo no “aqui e agora” tornando-a espetacular e com um significado próprio (NATALINO, 2007, p. 66-70)⁵⁰.

Cornelli considera que os meios de comunicação concorrem para cristalizar a insatisfação, indignação e desconfiança quando se referem a dados estatísticos incontrovertidos sobre o aumento da criminalidade com um emaranhado de acusações de esquerda e direita da ausência do Estado, a magistratura que só se ocupa de grandes processos, a polícia que prende e no dia seguinte o criminoso está livre, a máfia que controla territórios e se infiltra nas instituições locais, imigrantes que ocupam as ruas e praças fazendo o que querem, este são os catálogos dos discursos que a mídia propaga na Itália de modo que ao enfrentar esses problemas assumem cada vez mais uma conotação de luta pela sobrevivência tendo destaque nos periódicos as questões referentes ao trabalho, saúde e criminalidade (CORNELLI, 2012, p. 45-46)⁵¹.

O sentimento de insegurança enquanto manifestação emotiva e social pode definir-se como fato social e por isso experimentado como algo real, embora este sentimento não possa ser confundido com o estado real acerca da probabilidade de ser vitimado, pois ele resulta da dinâmica informativa e midiática tendo em vista o poder dos meios de comunicação de massa em catalisar o modo de como os indivíduos constroem as representações acerca da insegurança e do mundo, apesar de que também são um fator dentre outros (sociais, demográficos, geográficos, etc.) da sensação de insegurança no indivíduo.

1.3 A relação da mídia com a opinião pública

Desde o início do século XX, há várias teorias que estudam a relação da mídia e sua capacidade de influenciar um único indivíduo ou as massas. As primeiras teorias partiam da ideia básica de que as mensagens atingem diretamente certos indivíduos, e que estes estímulos seriam uniformemente recebidos, isto é, todos os membros do público reagiriam imediatamente. Elas geralmente recorriam aos efeitos da propaganda nazifascista praticamente sem base empiricamente considerada válida. Em qualquer caso, a maioria das características destas teorias era a sua preocupação com o emissor. Tentavam descobrir se as estratégias utilizadas pelo remetente poderiam levar para a manipulação do receptor

⁵⁰NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência: Criminalidade violenta e controle punitivo.** São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 66-70.

⁵¹CORNELLI, Roberto. **Miedo, criminalidad y orden.** Tradução Flavia Valgusti. Buenos Aires: B. de F., 2012, p. 45-46.

focando determinadas características de estímulos que podem atuar diretamente sobre os receptores de forma indiferenciada.

A partir dos de 1940, surge o mito da neutralidade argumentando que as pessoas tendem a expor as mensagens quando estão de acordo com elas, ou seja, de acordo com suas opiniões, logo a comunicação que não é favorável para a pessoa é descartada, por isso concluem que a mídia teria um baixo impacto sobre as pessoas⁵².

Já a partir de 1970, desenvolveu-se a Teoria da Construção do Temário (agenda-setting), reconhecendo a capacidade dos meios de comunicação de influenciar a opinião pública, mas que devido à natureza complexa da mídia e da opinião pública é impossível desenvolver uma relação linear causal entre elas de forma a isolar a influência dos meios de comunicação de outros fatores, por isso são definidos como meros transmissores da realidade social⁵³.

Com o desenvolvimento da modernidade (intensificação da vida urbana, proliferação dos recursos tecnológicos) os indivíduos são deslocados dos seus grupos locais e formam aquilo que chamamos de “massa”. O resultado deste processo é uma expansão progressiva da participação nos espaços públicos (acesso à educação, saúde, segurança pública, etc.), porém os padrões de funcionamento destes espaços tornam-se mais burocráticos e superficiais aprofundando o fosso entre aqueles que tomam as decisões e a população em geral, e também a experiência individual fica diluída em termos argumentativos muitas vezes reduzidos a um estado de assentimento ou recusa, pois são confrontados com assuntos que não dominam de forma que apenas reagem aos impulsos motivados pelos diferentes objetos mobilizadores de atenção, denominado comportamento de massa⁵⁴.

A massa gera um estado de desproteção e estados emocionais mais instáveis, porém ela não é uma entidade social inócua. Pelo contrário, sua capacidade de ação é poderosa e seus efeitos são devastadores, pois toma o espaço público e torna-se o agente da opinião pública.

Opinião pública é o produto final dos impactos individuais de imagens sobre determinado conjunto social. A opinião coletiva desse grupo condiciona a atitude e determina o comportamento dos indivíduos que o compõem. Torna aceitáveis certos padrões e inaceitáveis outros (FARHAT, 1992, p. 5)⁵⁵.

⁵²CERVINI, 2003, p. 32.

⁵³Ibid., p. 34.

⁵⁴ESTEVEVES, 2007, p. 211-214

⁵⁵FARHAT, Saïd. **O fator opinião pública, como se lida com ele**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1992, p. 5.

Quando a opinião pública entra em cena o evento deixa de obedecer à racionalidade situando-se no terreno dos sentimentos. Crime, violência, crise econômica, etc., são termos que descrevem a necessidade da sociedade que não tem mais consciência de nível comunitário e passa a confiar em determinadas palavras para gerar uma normalização dos fatos extraordinários como se esperasse o apocalipse (MAFFESOLI, 2010, p. 12)⁵⁶.

Não se deve dar a este termo um significado dramático, mas uma ideia de situações imprevistas que revela o que está oculto como um sinal do viver em uma sociedade pós-moderna que privilegia o presente, trata-se de uma ética do estético. Logo, a ética que às vezes é imoral se exprime nas inúmeras efervescências que pontuam na vida social compartilhando as paixões e emoções coletivas⁵⁷.

É inevitável que a sociedade da informação se tornasse a sociedade da opinião, baseada não apenas na posse e acesso à informação, mas na sua interpretação, no intercâmbio de ideias e ideologias. Assim, a opinião pública desempenha uma função de legitimação do poder, mas seu exercício torna-se mais irregular à medida que se viu presa a uma estratégia de manipulação dos diferentes interesses privados.

Esta erosão da opinião pública tem dois fatores que são o incremento tecnológico dos meios de comunicação que gerou um processo de massificação da cultura; e a adoção do modelo empresarial da imprensa, que atingem o próprio conteúdo das publicações, expandem suas audiências, mitigam as questões políticas em uma aparente neutralidade, objetividade e profissionalismo⁵⁸.

É a consagração da mediação simbólica nas sociedades, na qual a linguagem procura de forma obsessiva simplificar-se resultando no seu esvaziamento. Portanto, temos um ideal-tipo que é a separação entre informação e opinião pública mediada pelos meios de comunicação de massa.

A primeira característica da opinião pública é sua volatilidade, ou seja, retrata um momento fugaz e depois pode ter mudado ou desaparecido sem deixar vestígio. Aflora-se quando se criam condições apropriadas, capazes de tornar oportuna a manifestação objetiva do sentimento coletivo preexistente⁵⁹.

Outra característica é que se trata em um fenômeno coletivo apoiado em uma realidade individual. A opinião se forma no íntimo de cada um sob limitações e

⁵⁶MAFFESOLI, Michel. **Apocalipse: Opinião pública e opinião publicada**. Tradução Andrei Netto; Antoine Bollinger. Porto Alegre: Sulina, 2010, p. 12.

⁵⁷MAFFESOLI, 2010, p. 17-22.

⁵⁸ESTEVES, 2007, p. 225-231

⁵⁹FARHAT, 1992, p. 27.

condicionamentos das suas características próprias. Nesse processo entram em jogo: a educação, vivência familiar, profissional, etc.⁶⁰

A opinião pública tem papel fundamental para a identificação dos anseios populares, mas não é suficiente para verificar se tais anseios se justificam. Esta opinião está inserida no próprio pensamento hegemônico, que reproduz uma ideologia que legitima a dominação de determinados grupos. Com o avanço dos meios de comunicação a opinião pública ao invés de ganhar um estímulo para o pensamento reflexivo o que se viu foi um retrocesso, ou seja, busca por soluções de caráter quase que exclusivamente retributivista e às vezes até corpórea baseada na manutenção do risco, isto é, no cálculo probabilístico de um indivíduo ser vitimado⁶¹.

Contudo, segundo Pastana, este cálculo não pode ser levado em consideração, pois cada espaço tem uma dinâmica diferente com maior ou menor sociabilidade entre os indivíduos e também há a cifra oculta, isto é, aqueles crimes que não chegam ao conhecimento das autoridades o que acaba por prejudicar a projeção do risco, ou seja, a quantificação dos crimes. Por isso, não se pode dar legitimidade à opinião pública, pois ela ignora fatores importantes que interferem no conhecimento sobre o real alcance da violência e insegurança além disso, pode ser simples reprodução da ideologia de risco⁶².

De qualquer forma, temos que destacar a enorme importância da opinião pública nos processos de criminalização ou descriminalização do sistema penal e que lamentavelmente ela não é formada livremente. Certamente os meios de comunicação de massa não são os únicos que produzem o temor ao delito, contudo exercem um fator decisivo na criação da insegurança ao encarar a página policial como entretenimento, por isso tende a ser sensacionalista para aumentar a venda. Os meios de comunicação com as campanhas de lei e ordem manipulam a opinião pública e acabam permitindo ao sistema de política criminal criar discursos justificadores punitivistas como solução de conflitos que são usados para gerar uma ilusão de eficácia do sistema penal ou outras vezes pra desviar a opinião pública dos problemas políticos (CERVINI, 1994, p. 38-40)⁶³.

Os meios de comunicação ao manejar a notícia para criar um sentimento de insegurança constroem uma realidade social que exercem com a opinião pública um

⁶⁰FARHAT, 1992, p. 28.

⁶¹PASTANA, 2003, p. 101.

⁶²Ibid., p. 102.

⁶³CERVINI, Raúl. Incidencia de las "mass media" en la expansion del control penal en latinoamérica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 2, n. 5, p. 37-54, jan./mar. 1994, p. 38-40.

influxo recíproco de modo que a opinião reage com suas demandas repressivas e os meios de comunicação de massa informam às reações que eles mesmos provocaram.

O conhecimento do mundo exterior está mediado pelos meios de comunicação em massa de modo que a linguagem e a imagem por elas mostradas constituem os elementos socializantes básicos do indivíduo moderno.

Portanto, os meios de comunicação em massa ao gerar a informação o fazem principalmente não com o reconhecimento direto da intenção de influenciar, mas indiretamente pelo modo com que criam as emoções (diversos sentimentos entre eles o medo social e a sensação de impunidade) capazes de provocar efeitos retóricos na opinião pública e até mesmo no juiz do processo.

Para que a pretensão midiática tenha sucesso é preciso que a além dos sentimentos, seja capaz de colocar na opinião pública uma determinada visão acerca do fato que foi exaustivamente transmitido pelos meios de comunicação social.

Contudo, o efeito mais importante do discurso midiático é a atuação no inconsciente coletivo, por exemplo, a sensação de aumento da criminalidade quando tende a extrapolar a opinião pública faz com que os meios de comunicação social tornem-se um mecanismo de pressão pelo resultado no processo jurisdicional de modo a transferir para o Poder Judiciário a responsabilidade pela sensação de impunidade quando a decisão não está em conformidade com os limites hermenêuticos traçados no discurso midiático⁶⁴.

Almeida ao estudar o panorama da opinião pública dos comentários publicados na seção “Do Leitor” de um jornal brasileiro chamado Zero Hora, que atinge 20 milhões de impressões no Rio Grande do Sul e 8 milhões de visitas por mês na versão digital constatou que há uma percepção generalizada de que o crime é um fenômeno epidêmico, cuja espécie mais lembrada é aquela que aborda os crimes contra a vida e contra o patrimônio. A autora concluiu que a visão dos leitores é alinhada à noção de que se trata de uma escolha voluntária e racional fruto das desigualdades sociais históricas (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 282-310)⁶⁵.

A respeito da prevenção do delito elas se dividem em duas opiniões: a primeira considera que deveria haver uma maior adequabilidade do exercício do controle social informal a partir da educação e de disciplina no âmbito familiar ou escolar. Já a segunda

⁶⁴SOUZA, 2010, p. 64

⁶⁵GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 282-310. Pesquisa compreendida no período entre 01/08/2009 a 31/07/2010.

entende que é necessária uma postura mais atuante do controle social formal, isto é, da polícia e o endurecimento das leis penais⁶⁶.

Há espaço para o culto explícito da intolerância e principalmente da pena de morte, isto pode ser interpretado como um sinal de que a violência é sempre do outro de tal modo que o sujeito não adaptado ao convívio social deve ser eliminado, trata-se da teoria do darwinismo social⁶⁷.

Verificou-se também que os leitores voltam seu foco contra a suposta brandura das normas elaboradas pelo Poder Legislativo e a benevolência do Poder Judiciário. Há também uma irresignação à impunidade do colarinho branco evidenciado nas enquetes de prisão preventiva e recolhimento provisório de um político envolvido em corrupção de modo que a seletividade do sistema penal recai sobre o exercício da advocacia, pois os poderosos podem contar com bons advogados ao contrário dos pobres⁶⁸.

A autora conclui com três hipóteses para explicar a relação dos meios de comunicação em massa e a opinião pública: A primeira é que aqueles constroem uma realidade virtual que pode modificar o plano fático. A segunda considera que a mídia age como sustentáculo da agenda política, posto que esta guarda similitude com os assuntos debatidos no jornal. E, por fim, considera que essas manifestações examinadas no jornal não refletem os clamores da população em geral, mas que ao ser cuidadosamente pinçado pelos veículos de comunicação pressiona o poder público para incidir na expansão do direito penal⁶⁹.

Mas, se considerarmos que o objetivo prioritário para o telespectador não é mais compreender o alcance de um evento, mas vê-lo acontecer diante dos seus olhos nas cenas violentas descritas ou visualizadas nas notícias. Podemos concluir que esta demanda social impulsiona o jornalismo sensacionalista sobre crimes. Neste contexto, os jornais podem alegar que apenas mostram o que o público deseja e isto não deixa de ter certa razão, por outro lado um dos pilares do sensacionalismo está amparado justamente na representação exacerbada dos fatos violentos para atrair o público.

O evento criminoso difundido pela mídia assume um papel representativo no meio social, provocando uma projeção politizada da crença de que os direitos do arguido seria

⁶⁶GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 311.

⁶⁷Ibid., p. 326.

⁶⁸Ibid., p. 337-354.

⁶⁹Ibid., p. 386.

uma ofensa à vítima, ao passo que o delinquente é concebido como um inimigo que perdeu qualquer direito e proteção, isto se denomina a “Criminologia do Outro”⁷⁰.

Paiva relata um caso de homicídio de um casal de adolescentes que acampava em Embu-Guaçu, na Grande São Paulo, cujo autor do delito foi um menor de dezesseis anos de idade, este fato reacendeu a discussão sobre a inimputabilidade penal tomada como símbolo da injustiça e impunidade que compõem o sentimento de insegurança hoje presente na sociedade brasileira. A reação da grande mídia foi à esperada, segundo o autor, apresentadores de televisão pregaram o extermínio do menor em horário nobre enquanto ex-políticos, ironizaram a ingenuidade dos juristas que não veem no criminoso um bandido, mas apenas uma vítima da sociedade. Ou seja, nada de novo. Mas, o mais intrigante foi a reação dentro do próprio mundo jurídico. O informativo eletrônico Migalhas, conforme o autor, recebeu uma avalanche de mensagens de seus leitores advogados, juízes, promotores, estudantes de direito e afins com afirmações que variavam entre a necessidade de adoção, no Brasil, de um sistema penal que tenha como diretriz de justiça o código de Hamurabi (olho por olho, dente por dente) e até uma demonstração de desprezo por aqueles que não aceitam a redução da maioria penal (PAIVA, 2004, p. 16-17)⁷¹.

Com base na pesquisa de Almeida e no relato de Paiva podemos perceber que o sistema midiático moderno, aproveitando-se de certa forma da falha institucional do sistema penal e processual penal no cumprimento do seu papel social de pacificação social, exerce a função catalisadora da opinião pública sobre um tema preventivamente selecionado. Os meios de comunicação utilizam-se da estratégia de estabelecer um ponto que possa atrair a atenção de todos os componentes individuais da opinião pública. Um método eficaz para o exercício dessa atividade catalisadora ocorre pelo etiquetamento de certos indivíduos e da amplificação das causas e dos efeitos penais como vimos no exemplo acima.

Por meio desses mecanismos, cria-se um ambiente de irritação e inquietação pela possibilidade de parte da sociedade pós-moderna encontrar-se inserida mais cedo ou mais tarde na posição de vítima da infração penal o que gera total insatisfação com os resultados provenientes do Poder Judiciário. Tal sentimento faz com que a opinião publicada possa ser unificada e concentrada como mecanismo de pressão de combate ao crime segundo os

⁷⁰GOMES; ALMEIDA, p. 275.

⁷¹PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A voz do povo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 12, n. 139, p.16-17, jun. 2004, p. 16-17.

parâmetros hermenêuticos previamente estabelecidos pelos meios de comunicação em massa para aquele contexto social. Esta interligação da mídia e opinião pública depende de um pressuposto importante: a escolha do tema e a articulação das opiniões relativas a ela. De modo que não decorre da sua capacidade de obter o consenso, mas da sua idoneidade como estrutura do processo de comunicação. Sendo o sistema jurídico um subsistema político pode-se dizer que os meios de comunicação em massa conseguem catalisar a necessidade de a opinião pública desenvolver uma expectativa da decisão judiciária com base no etiquetamento e os limites hermenêuticos do discurso midiático⁷².

A grande maioria da população é constituída por aqueles que têm medo de ser vítimas do crime e a imprensa trabalha com a ideia de que é possível reduzir a violência ao alimentar as campanhas de lei e ordem.

Desse modo, forma-se uma massa de acossamento na qual os meios de comunicação social substituem a violência física da opinião massificada a respeito do destino que deve ser dado ao “malfeitor” pela violência simbólica.

Por isso, é possível constatar a formação de massas de acossamento, quando inflamadas pela mídia emitem, cotidianamente, opiniões acerca da justiça que deveria ser feita e das punições que deveriam ser infligidas aos “culpados”, chegando-se a verificar, em alguns momentos, a formação de aglomerados humanos que, caso não contidos pela força pública e dada a natureza da questão, poderiam ter sido transformados em massas reais de acossamento, resultando, por óbvio a violência física⁷³.

Os homens criam por meio de sua conduta condições sociais, que por sua vez, influem em seu comportamento, assim se orientam e se justificam seu comportamento a partir de estereótipos sociais, de preconceitos. As noções de valor e estilo são ajustadas em face do comportamento que se supõe dominantes, uma vez que se imagina ser a postura praticada pela maioria da população. Os meios de comunicação de massa se amoldam a semelhantes noções de valor da opinião pública, mas também os modificam e formam. Formam e deformam o comportamento social (SHECAIRA, 2001, p. 358)⁷⁴.

⁷²SOUZA, 2010, p. 95-96.

⁷³GALLI, Joel Eliseu. **A opinião das massas substituindo os critérios de verdade:** a transformação do julgamento criminal em acossamento. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/novo/artigo/10672-A-opinio-das-massas-substituindo-os-criterios-de-verdade:-a-transformacao-do-julgamento-criminal-em-acossamento>>. Acesso em: 10. maio. 2013.

⁷⁴SHECAIRA, Sérgio Salomão. Mídia e crime. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001, p. 353-367, p. 358.

Logo, temos o deslocamento da verdade racional para a verdade defendida pela opinião pública implicando uma mudança do homem no singular para os homens no plural, e isso significa uma confiança do indivíduo baseada no número dos que ele supõe possuir a mesma mentalidade. E a mídia ao apropriar-se do processo opinativo estratifica e legitima o poder por ela exercido.

2. POLÍTICA CRIMINAL MIDIÁTICA

2.1 A construção social do crime pela mídia

O ponto inicial do processo de interiorização da realidade social é a apreensão de uma interpretação imediata de um acontecimento dotado de sentido, isto é, a manifestação de processos subjetivos de outrem se torna subjetivamente significativo para si. Isto não significa compreender o outro adequadamente. Mas, a subjetividade dele é objetivamente acessível haja ou não congruência entre os processos subjetivos. Esta apreensão significa que o indivíduo assumiu o mundo no qual os outros já vivem (LUCKMANN; BERGER, 1985, p. 174)⁷⁵.

Isto somente é possível quando o universo simbólico que atribui significação social é reconhecido (legitimado) socialmente de modo a estabelecer os limites daquilo que tem importância com referência à interação social de tal modo que ordena a história, assim o passado é compartilhado coletivamente como uma espécie de memória e o futuro estabelece um quadro de referência comum para as projeções individuais.

Assim, a legitimação explica a ordem institucional outorgando validade cognoscitiva e normativa a seus significados objetivados, ou seja, há um conhecimento do papel social e da ética (valores, definição das ações certas e erradas) das instituições⁷⁶.

O universo simbólico é o mais alto nível de legitimação, que é construído por meio de objetivações sociais e se quisermos entender seus significados temos que entender a história de sua produção, cujo resultado é a integração dos significados. Trata-se de por sentido a setores separados das condutas institucionalizada por meio da reflexão pré-teórica ou teórica⁷⁷.

Tal como no caso das instituições, o universo simbólico necessita de conservar-se enquanto tal, e assim dispõe de mecanismos que, segundo Luckmann, pode ser por meio

⁷⁵LUCKMANN, Thomas; BERGER, Peter L. **A construção social da realidade**. Tradução Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 174.

⁷⁶LUCKMANN; BERGER, 1985, p. 128.

⁷⁷Há quatro níveis de legitimação, o primeiro acha-se presente na linguagem como experiência humana passível de transmissão; o segundo são esquemas explicativos altamente pragmáticos como os provérbios e máximas morais; o terceiro é a institucionalização da conduta (ritos, tradições, hierarquia, costumes), está além da aplicação meramente prática e torna-se teoria pura; o quarto é o campo simbólico que é o processo de significação de realidades diferentes pertencentes à experiência da vida cotidiana (LUCKMANN; BERGER, 1985, p. 129-131).

do controle social da terapêutica que consiste em diagnosticar os dissidentes daquela realidade social e reconduzi-los novamente ao universo simbólico questionado e a aniquilação que nega a interpretação diferenciada da realidade atribuindo-se um status ontológico inferior⁷⁸.

Na vida cotidiana, as pessoas geralmente pressupõem que o mundo é como ele é e as divergências de opinião seriam um resultado de perspectivas distintas de experiências e de lembranças, por isso os conflitos de opinião nos meios de comunicação operam a partir de uma referência compactante e não desagregadora dos fatos. A atribuição de causalidade confere julgamentos, emoções, apelos, protestos de tal modo que a publicidade da narrativa fique ao seu favor (LUHMANN, 2005, p. 129-131)⁷⁹.

Em cada operação são reproduzidas descontinuidades, surpresas, decepções agradáveis e desagradáveis que servem à sua reprodução e também ao seu conteúdo de significação de modo a definirem o tempo em passado e futuro no qual o presente é apenas a posição do observador⁸⁰.

Logo, a realidade dos meios de comunicação é uma realidade de observação de segunda ordem, pois substitui as declarações do saber garantidas em outras formações sociais e o resultado é que temos a cultura de massa, potencialmente homogênea, e que por isso, segundo Luhmann, destrói a liberdade, pois apenas consegue abrir outras possibilidades de observação quando está voltada para seu interior, ou seja, os meios de comunicação instituem uma ordem em relação àquilo que a sociedade pode observar como liberdade⁸¹.

O sucesso da socialização realiza-se sempre no contexto de uma estrutura social específica estabelecida pelo elevado grau de simetria entre a realidade objetiva e a subjetiva. Mesmo se a distribuição do conhecimento resultar em diferentes significativos ainda haverá a possibilidade de escolha entre as definições da realidade sob o binômio de certo ou errado e evidentemente que a sociedade oferecerá por meio de seus mecanismos de controle social (o terapêutico e a aniquilação) o tratamento dos casos anormais ou pode resultar também em uma mediação dos diferentes significativos.

⁷⁸LUCKMANN; BERGER, 1985, p. 153-155.

⁷⁹LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 129-131.

⁸⁰LUHMANN, 2005, p. 139.

⁸¹Ibid, p. 141-144. É importante ter em mente que a maioria das sociedades modernas é pluralista. Isto significa que compartilham de um universo que é o seu núcleo aceito como indubitável, e têm diferentes universos parciais coexistindo em um estado de mútua acomodação. Estes últimos provavelmente têm algumas funções ideológicas, mas o conflito direto entre as ideologias foi substituído por graus variáveis de tolerância ou mesmo de cooperação (LUCKMANN; BERGER, 1985, p. 168).

Diante disto, podemos afirmar que a mídia caracterizada como um universo simbólico dotado de força para sua conservação possui dois discursos que por um lado é homogêneo quanto ao produto, ou seja, a notícia, por outro lado há uma heterogeneidade na ênfase que cada programa dá a notícia, isto é, sua forma.

No campo jornalístico a obtenção de credibilidade (legitimação) para construir a realidade social que em última instância define o seu reconhecimento perante seus pares e também perante os consumidores do produto necessita de possuir competência não somente linguística, mas também semântico-discursiva⁸².

No caso das reportagens televisivas e radiofônicas a relevância teórica ultrapassa o conteúdo estritamente verbal, portanto a entonação da voz, o gesto, o olhar e outros modos de expressão corporal também transmite a informação. Os âncoras atuam como atores ou atrizes em um jogo sutil de expressões não verbais para induzir a aprovação ou reprovação aos fatos e personagens noticiados⁸³.

O design das notícias repousa em um discurso dramático e emocional (embora apresente dados reais, também se permitem algumas licenças como dados exagerados ou descontextualizados, além disso, algumas vezes criam eventos) ou em uma narração fria e tranquilizadora. Textos curtos não entram na análise profunda problema, frases de uso, clichês e estereótipos são modelos de design incluindo julgamentos de valor. Música de acompanhamento, fotos e imagens selecionadas (preparação da imagem, a posição da câmera ou corte e contextualização das fotografias); gráficos de apresentação e gráficos de estatística, pesquisas (elaboradas sem critérios científicos) são simplesmente interpretado pelos meios de comunicação de modo a promover a impressão veracidade de suas mensagens⁸⁴.

Neste discurso que pressupõe neutralidade como um dos critérios de credibilidade o jornalista não emite opinião cabendo geralmente ao âncora esta função de modo a separar o fato da opinião. No caso das notícias sobre crime isso significa que a polícia e os demais aparelhos de controle social geram o conhecimento legitimado da notícia, atuando como definidores primários delas. Esta estruturação constitui um duplo constrangimento sobre os criminosos: o dos aparelhos de repressão ao crime e do campo jornalístico, este balizado em consensos estabelece uma estratégia discursiva entre a sociedade representada de forma

⁸²NATALINO, 2007, p. 81.

⁸³PINA, 2009, p. 116.

⁸⁴FUENTES OSORIO, 2005, p. 9.

idealizada e os inimigos públicos dessa sociedade no qual entra uma seleção ideológica de criação de estereótipos⁸⁵.

Portanto, a mídia a partir das fontes chamadas de primárias tem a tendência de reproduzir as posições (ideológicas) dominantes, ou seja, do governo, isto é, por exemplo, a autoridade policial, Ministério Público, etc., mas também temos as informações anônimas e as *off the record* sobre os fatos criminais, que na maior parte das vezes são de pessoas ligadas à polícia e aos tribunais para construir a representação do crime em geral a serviço do poder⁸⁶.

Esta estratégia discursiva, segundo Souza, sugere uma leitura do direito penal e processual como sendo apenas um compromisso estratégico-social e de contingências políticas a fim de recuperar a eficácia das expectativas garantidas pelo sistema e perturbadas pelo descumprimento da ordem. Trata-se de focalizar a atenção da justiça que deve realizar-se no seio da sociedade. E, como, o pensamento jurídico é uma ciência de caráter prático-normativo a influência da comunicação em massa conjugada com a insegurança social vivenciada faz com que os valores tendem a ser substituídos pelos fins e os fundamentos normativos pelos efeitos empíricos. Assim, o direito penal e processual penal passa a serem instrumentos de estratégia político-social⁸⁷.

Portanto, partindo da ideia de que quase todo o conhecimento que se obtém do mundo está mediado na sociedade de massas, conclui-se que os meios de comunicação em massa cumprem uma função interlocutora entre o mundo e o indivíduo, cujo comunicado será absorvido e transformado em realidade subjetiva. Trata-se de um processo cognitivo de edificação da realidade que não é sobre fatos brutos, mas valores e costumes difundidos por intermédio da linguagem e que serão compartilhados coletivamente. Assim, a mídia não é mero transmissor da realidade, mas uma versão desta, pois sinaliza um evento emprestando ainda que inconscientemente seus valores e estereótipos.

O interesse midiático pelo delito é devido o seu caráter de perturbação da paz social que com a ajuda de imagens impactantes, drama e sensacionalismo, podendo ser desdobrado em capítulos atraem à audiência de modo a proporcionar uma distração ao mesmo tempo em que reforça a paranoia das pessoas predispondo-as para o punitivismo.

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

⁸⁵NATALINO, 2007, p. 84.

⁸⁶PINA, 2009, p. 106.

⁸⁷SOUZA, 2010, p. 122-123.

influência na construção da realidade é praticamente a única quando não há informações diretamente acessíveis ao indivíduo e como a visão do fato entre os jornalistas tende a ser homogênea, a notícia então se torna a verdade oficial. Logo, quando a mídia alardeia uma grande quantidade de crimes ou qualifica leis penais como brandas ou ainda afirma que o Poder Judiciário não pune os culpados acabam sendo introduzidas como verdade reverberando em medo e insegurança, que por sua vez cria uma demanda por respostas estatais mais duras⁸⁸.

Consequentemente, podemos dizer que "a informação não é inocente". Em primeiro lugar, porque os meios de comunicação são para servir os seus próprios interesses econômicos: redução de custos, o financiamento através da publicidade. Esses objetivos são alcançados não só através de processos seleção as notícias, mas também na qualidade delas (fazendo uma análise superficial dos problemas, usando terminologia errada, etc.), mantendo agendas uniformes, um fluxo constante de informação (criação de notícias e deformação eventos), um modo de comunicação destinada a produzir emoções, etc. Em segundo lugar, porque a mídia não se limita a ser a reflexão e transmissão dos acontecimentos diários ou manifestações culturais e ideológicas existentes em um momento histórico, mas também são instrumentos de persuasão e propaganda criando uma maneira de fazer política ao contribuir para a consolidação de valores estabelecidos, assim como a racionalidade do mercado e a perpetuação do status quo socioeconômico e institucional⁸⁹.

Primeiramente para realizar a construção social do crime pela mídia os jornalistas devem selecionar os temas com potencial para chamar a atenção do público de modo que o processo de escolha, classificação e temas pode recair em determinados crimes (contra vida e integridade física, a liberdade sexual, desordem pública), e esquecer outros (crimes contra as relações de trabalho, crimes contra a fazenda pública, etc.), ou relegá-las a seções, páginas ou tempo de baixa audiência. Em algumas ocasiões ignora a conexão com certos atos criminosos, em outros momentos, no entanto, relatam exaustivamente um evento criminoso destacando-o de forma alarmista a gravidade, frequência, ou, mais sutilmente, por meio de sua constante repetição de fatos similares. Tudo isto se completa com as informações oficiais (polícia e instituições públicas) e apreciações da opinião

⁸⁸GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 230-233.

⁸⁹FUENTES OSORIO, 2005, p. 5.

pública que ratificam o exposto. Ademais, este processo é potencializado pela repetição nos diversos canais dos meios de comunicação⁹⁰.

Entretanto, a seletividade é apenas parte da construção do crime de modo que outro mecanismo fundamental chamado de quadro (framing) trata de apresentar os fatos criminais em episódios particulares para depois induzir o público a generalizações.

Assim, a justiça criminal é construída por quadros (frames) que desenvolvem um modelo que permite categorizar, rotular e lidar com uma ampla gama de eventos mundiais. Os quadros simplificam sobre como lidar com um conjunto de experiências e eventos em grupos guiando para as ações políticas. A causa do crime, explicações e a necessidade de fazer alguma coisa são construídas dentro de quadros.

Segundo Surette, a justiça criminal pode ser construída em cinco quadros no qual a mídia constrói a realidade social do crime⁹¹:

a) Falta de lei e ordem: A justiça criminal é culpada, pois deixa a polícia algemada por juízes liberais⁹².

b) Falta de oportunidade: O crime é descrito como uma consequência da falta de igualdade e discriminação especialmente dos desempregados, pobres, pessoas com baixo nível escolar, enfim quando a possibilidade de alcançar o sucesso material está bloqueado⁹³.

c) Colapso social: O crime é visto como uma consequência da desintegração da família e da comunidade, aumento dos divórcios e filhos concebidos fora do casamento⁹⁴.

d) Sistema racista: O tribunal e a polícia são vistos como agentes racistas da opressão dedicados mais em proteger a vizinhança branca do que reduzir o crime nas comunidades das minorias. Uma versão mais radical desse quadro propõe que a justiça serve para suprimir uma potencial rebelião das classes baixas⁹⁵.

e) Mídia violenta: A violência na mídia de massa é a causa do crime e da violência social fazendo uma referência à mídia visual, ao videogame e a música popular⁹⁶.

Todos estes quadros são apoiados por uma porção do público e eles não se excluem mutuamente. As pessoas costumam aplicar um quadro ou outro dependendo do tipo de crime que é cometido e, por sua vez, eles influenciam o modo de como a

⁹⁰FUENTES OSORIO, 2005, p. 8-9.

⁹¹SURETTE, 2007, p. 32.

⁹²Ibid., p. 39.

⁹³Ibid., p. 39.

⁹⁴Ibid., p. 40.

⁹⁵Ibid., p. 40.

⁹⁶Ibid., p. 41.

criminalidade é entendida na sociedade e qual política criminal acompanha a opinião pública.

As narrativas por meio desses quadros explicam os eventos e assim dão senso de previsibilidade e entendimento até mesmo para o crime mais absurdo. Portanto, o discurso da mídia, em especial do telejornalismo, sobre a criminalidade é formada por um conjunto de práticas que rompem com a visão consensual da sociedade para instaurar operações de reparação por parte dos aparelhos de repressão. Além da própria voz dos âncoras e dos repórteres, diversos peritos (juristas, especialistas em segurança pública, pesquisadores, legistas, etc.), assim como familiares e amigos da vítima reforçam a credibilidade dos meios de comunicação social.

Isto resulta em um apelo emocional ao relato noticioso baseado em três pilares: voz dos peritos, das vítimas e dos jornalistas⁹⁷.

Nas notícias ligadas a eventos criminosos há uma tendência de tratar questões gerais a partir de casos particulares no qual a atuação dos âncoras e jornalistas configura uma verdadeira performance.

Ela situa-se na construção de narrativas às vezes organizadas como episódios novelescos em folhetim surgindo como fragmentos de uma narrativa com conto moral assente em estereótipos do bem e do mal. O corpo da notícia apresentado no estilo dramático dos formatos de entretenimento assume uma ressonância na experiência vivida dos leitores e expectadores, especialmente quando se utiliza da metáfora para criar mais impacto no discurso mediático, por exemplo, o criminoso está ao virar da esquina⁹⁸.

A metáfora consegue distorcer a realidade moldando a linguagem em imagens de modo que as formas polifônicas (imagens, sons, diálogos, música, palavra escrita) funcionam como correspondentes entre o crime e seus atores de acordo com os padrões culturais dominantes na sociedade visando dar forma às sensações de tristeza, perda, medo, etc⁹⁹.

Há crimes que são usados como símbolos pela mídia em forma de alarde para convencer as pessoas da urgência de uma política criminal. Geralmente são os piores crimes que podem encontrar como assassinos em série ou um crime cometido contra

⁹⁷NATALINO, 2007, p. 85.

⁹⁸PINA, 2009, p. 112-114.

⁹⁹Ibid., p. 115.

membros da própria família e terá sucesso se o quadro for aceito pelo público e pela política criminal¹⁰⁰.

Outros crimes noticiados favorecem o desenvolvimento e perpetuação de preconceitos e estereótipos delitivos. É comum a identificação de delitos com estrangeiros (especialmente com algumas nacionalidades) e certas etnias. Deste modo, para a maioria dos cidadãos a impressão que consolida pelo aumento da criminalidade é devido à outra pessoa (ou alienígena)¹⁰¹.

Tal perspectiva, segundo Souza, está alinhada com os pressupostos criminológicos do direito penal do inimigo que tem por objetivo suprimir as garantias do procedimento em função das características do autor¹⁰².

Os meios de comunicação em massa ao divulgarem a prática de uma infração penal, expondo os fatos de forma contundente e massificada, postulam um comportamento do subsistema penal e processual alinhavado nessa perspectiva ideológica funcionalista para que os interesses do Estado na regulação social e na eficácia normativa sejam observados por todos, numa evidente e clara tentativa de eliminar qualquer tentativa do *welfare* penal (SOUZA, 2010, p. 124).

Podemos citar como exemplo o caso espanhol no qual a maioria dos estrangeiros detidos não é porque cometeram um crime, mas por suspeita de ter cometido um crime ou uma falta administrativa ou ainda por permanecerem irregularmente naquele país¹⁰³.

Assim, quando a imprensa considera aquele que pratica um crime como inimigo conduz a opinião pública a esperar uma atividade jurisdicional nessa perspectiva.

Os meios de comunicação em massa ao mostrar um criminoso o expõem como um estranho a comunidade, ou seja, um sujeito pouco confiável não integrado a comunidade e que por isso representa uma ameaça. Portanto, rompe-se com a racionalidade normativa segundo o qual o juiz diante do caso concreto deverá basear-se nos fundamentos jurídicos em detrimento de uma racionalidade prática, ou seja, de índole político-social¹⁰⁴.

Depois da voz dos jornalistas temos a voz dos especialistas para garantir a credibilidade da informação, pois a escassez de tempo impede o desenvolvimento de análise aprofundado dos temas complexos.

Também se destaca a voz da vítima, familiares e amigos que configuram um apelo emocional, criando uma empatia do receptor da notícia com a vítima.

¹⁰⁰SURETTE, 2007, p. 44.

¹⁰¹FUENTES OSORIO, 2005, p. 17.

¹⁰²SOUZA, 2010, p. 123.

¹⁰³FUENTES OSORIO, 2005, p. 19.

¹⁰⁴SOUZA, 2010, p. 125.

Deste modo, segundo Pina, a mídia constrói uma política criminal de compaixão com a vítima e o ressentimento à punição o que poderia implicar em um julgamento tendencioso contra o arguido, pois a mídia descreve apenas a consumação do fato criminoso e as consequências imediatas, além disso, raramente são analisados de forma distanciada, porque simplesmente são mostrados em geral como resultado de desvios pessoais. Problemas sociais como baixa escolaridade, pobreza, desemprego, etc., normalmente são omitidos pela mídia¹⁰⁵.

Pensamos que na realidade a mídia faz uma descrição simplificada tanto do fato como da questão de direito e ao fazê-lo dependendo do crime a mídia determina sua causalidade baseado em desvios pessoais para explicá-los ao mesmo tempo em que generaliza o evento criminoso para apontar como uma consequência da falha da sociedade ou do poder público.

Os meios de comunicação tendem a dar uma visão superficial e simplista das manifestações criminosas ao mesmo tempo em que iludem tratar do "problema social do crime". A pobre reflexão sobre a notícia do evento criminoso em geral é caracterizada pela falta de estudo das causas, descontextualização dos eventos ambientais que a integra: questões que são negligenciadas e cercam o comportamento criminoso (pobreza, o analfabetismo, o desemprego e a aceitação social do comportamento cotidiano, etc)¹⁰⁶.

De qualquer modo, o interessante é observar que a vítima, que tem um papel secundário no sistema penal, assume o lugar de protagonista no discurso midiático para promover uma jurisdição das emoções pela opinião pública tendo em vista o sofrimento da vítima e conseqüentemente a diabolização do outro o que gera por sua vez formas sentimentais de política criminal pondo em causa o sistema penal.

Por sua vez, a voz do criminoso nos jornais de cunho mais sensacionalista utilizam do seu discurso como forma de elevar a audiência e auxiliar na construção estigmatizadora deste ou ele acaba sendo censurado em prol das demais vozes. De qualquer modo, apesar de ser o personagem mais citado é o que menos fala¹⁰⁷.

Por fim, temos a polícia que em geral aparece na narrativa como a versão oficial do crime, trata-se de um terceiro que em princípio faz o papel do herói.

Do ponto de vista simbólico, nas notícias de criminalidade violenta, o policial é, em conjunto com a vítima e o criminoso, o motor da estrutura narrativa. Como um romance policial, o "eles" é

¹⁰⁵PINA, 2009, p. 110.

¹⁰⁶FUENTES OSORIO, 2005, p. 11.

¹⁰⁷NATALINO, 2007, p. 113-114.

personificado pelo criminoso que, ao cometer o ato que rompe a ordem social, gera uma vítima. Essa vítima é identificada na narrativa com a virtude privada – a família, a cordialidade, etc., e é como o mártir anônimo de uma sociedade desafiada pelo mal personificado. O crime aciona assim a volúpia punitiva da sociedade, que deseja a retribuição do mal causado. Santificada a vítima e demonizado o criminoso, o terceiro personagem assumiria o papel do “herói” – papel esse, em princípio, assumido pelos mantenedores da lei (NATALINO, 2007, p. 109).

Contudo, como nos adverte Natalino os policiais podem exercer um papel de vilão quando são os responsáveis pela prática delituosa, mas mesmo assim continuam exercendo o papel de definidores primários das notícias, pois são em última instância, policiais-heróis investigando policiais-criminosos¹⁰⁸.

2.2 Legisladores midiáticos

O debate sobre o direito penal da sociedade de risco parte da verificação de um conjunto de realidades sociais que se poderiam sintetizar em três grandes blocos: 1 – Riscos que afetam a coletividade gerada como consequência das novas tecnologias. 2 – A problemática da previsão do surgimento do risco. 3 – Sentimento exagerado de insegurança potenciado pela cobertura midiática diante das dificuldades com que se depara o cidadão médio para compreender a acelerada evolução tecnológica e sua adaptação na vida quotidiana (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 550)¹⁰⁹.

Junto ao conceito de risco, o conceito de expansão do direito penal vem constituindo outra das ideias motrizes do debate sobre a modernização do direito penal. Com efeito, o conceito de expansão do direito penal não refere-se apenas às novas formas de criminalidade próprias da sociedade de risco. Mas também, ao incremento da punição de certos tipos de delinquência clássica, mas também aceita a manutenção na sociedade da alta taxa de medo da criminalidade, sem se refletir sobre os numerosos indícios que apontam que o fenômeno pode ter sido induzido midiaticamente a partir de certos interesses políticos ou que a opinião pública é inacessível a esforços de sensibilização racionais à criminalidade¹¹⁰.

¹⁰⁸NATALINO, 2007, p. 110.

¹⁰⁹DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. **Revista portuguesa de ciência criminal**, Coimbra, ano 17, n. 4, p. 547-599. out./nov. 2007, p. 550. Na realidade pensamos, conforme tratado nos itens anteriores, que o sentimento de insegurança amplificado pela mídia não é fruto da tecnologia, mas do “medo derivado”.

¹¹⁰DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 564-565.

Na realidade a influência da mídia na agenda política funda-se na concepção de que eles refletem a verdadeira natureza da opinião pública e descrevem aquilo que a maioria acredita ou apoia. Por isso, as questões de crime e insegurança tornam-se relevante na agenda política o que acaba por contribuir na expansão do direito penal.

Um exemplo da influência da mídia na agenda política dos Estados Unidos pode ser observado na política de combate às drogas que nos anos 80 a mídia justificava a ideia de “guerra às drogas” legitimando políticas repressivas. Já nos anos 90 verificou-se o inverso, porque começaram a criticar o punitivismo penal antidroga, isto contribuiu para uma política criminal menos severa e repressiva. No entanto, a maior parte da cobertura jornalística desenvolve para políticas criminais repressivas no qual aparece a notícia sobre um tema que ganha importância perante a opinião pública. Alarmada pela mídia a opinião pública mobiliza grupos de interesse e os políticos respondem por meio da produção legislativa¹¹¹.

Gomes sintetiza de que modo à mídia influência a expansão do direito penal e o que ela reivindica para o campo legislativo como forma de combater a criminalidade¹¹²:

1) Explora o aspecto emocional do crime; 2) dramatiza o clamor popular; 3) espetacularização da insegurança; 4) dramatiza a violência; 5) é responsável por uma legislação penal de emergência; 6) defende a inobservância dos princípios limitadores do direito penal (proporcionalidade, culpabilidade, responsabilidade pessoal, etc.); 7) enxerga o direito penal não como instrumento de proteção do cidadão em face do Estado, mas como remédio para solução dos problemas sociais; 8) defende o isolamento do direito penal das demais ciências (criminológicas, médicas, etc.); 9) critica a suavidade das leis penais e da justiça criminal; 10) estigmatiza a reputação dos operadores jurídicos; 11) sugere a adesão irrefletida dos discursos de tolerância zero; 12) aceita o terror punitivo lastreado na doutrina da sociedade de risco; 13) sobreleva o bem jurídico “segurança pública”; 14) confere proeminência ao direito penal do autor; 15) silencia as vozes divergentes; 16) demoniza os defensores do Estado de Direito; 17) procura aniquilar todo discurso que defende o direito penal como limite ao poder punitivo; 18) apoia a administrativização do direito penal; 19) apoia o uso e abuso da prisão cautelar; 20) busca transformar a prisão em campo de concentração (prisão de Guantánamo); 21) faz apologia

¹¹¹ PINA, 2009, 153-154.

¹¹² GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 150-152.

a construção ilimitada de presídios ainda que em detrimento da educação; 22) defende o uso e abuso da periculosidade como premissa das políticas criminais.

E, assim se forma o populismo penal midiático lastreado no direito penal do inimigo, direito penal de terceira velocidade e direito penal baseado na periculosidade, sendo estes espécies da expansão do direito penal¹¹³.

O direito penal do inimigo gira em torno da periculosidade de tais delinquentes que dão aval a legislação de guerra ou de emergência mediante modificações do código penal ou aprovações de leis penais antecipando a punição para as fases mais afastadas do iter-criminis. Desta forma, desloca-se o dever de prevenção da delinquência pela sociedade para o próprio delinquente que acaba na contraposição entre cidadão e inimigo social¹¹⁴.

O direito penal de terceira velocidade, que integra a criminalidade patrimonial como modo de vida, criminalidade sexual violenta ou reiterada, criminalidade organizada, o narcotráfico, a criminalidade de Estado e o terrorismo, propõe uma reação enérgica frente às condutas graves que neguem os princípios políticos ou socioeconômicos básicos do modelo de convivência¹¹⁵.

O direito penal da periculosidade consiste na característica de que certas qualidades do indivíduo são criadoras de insegurança cidadã, especialmente aqueles delinquentes ligados à criminalidade violenta ou sexual e os autores de crimes patrimoniais leves, mas habituais. Ele permeia outros setores jurídicos como é o caso do direito processual penal, por meio da prisão preventiva; no âmbito do direito administrativo, por exemplo, a publicação da lista de agentes de crimes sexuais por órgãos das comunidades locais; medidas cautelares de natureza civil no âmbito doméstico¹¹⁶.

Portanto, o direito penal da segurança cidadã, assim chamado por Díez Ripollés, se projeta como uma primazia à racionalidade pragmática, isto é, à eficácia e efetividade da intervenção penal sobre qualquer outra. Assume um semblante classista estabelecendo as condutas lesivas dos setores poderosos e também àqueles das classes baixas que exercem

¹¹³O termo populismo penal refere-se ao discurso político, que descansa sobre a criminologia do homem criminoso, explorando a insegurança para fundamentar a adoção de medidas mais punitivas (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 28). Esse discurso político é catalisado pela mídia daí a expressão populismo penal midiático dada por Gomes.

¹¹⁴DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 580.

¹¹⁵Ibid., p. 582.

¹¹⁶Ibid., p. 584.

um comportamento nocivo buscando restringir a oportunidade de vida dos cidadãos ao abandonar quaisquer pretensões de potencializar sua integração social¹¹⁷.

O efeito desta situação é duplo, pois se por um lado o público exige penas mais duras de modo a sentir-se protegido, por outro lado os políticos usam da opinião pública para justificar políticas repressivas que querem aprovar¹¹⁸.

Esse recrudescimento penal gera um efeito simbólico, isto é, diminui a sensação de insegurança, porém momentaneamente, pois os instrumentos criados pela política criminal para combater a realidade criminal são inaptos, por exemplo, aumentar a pena sem nenhum sentido empírico, mas serve para o legislador fingir que está preocupado e reagiu imediatamente ao problema da criminalidade, trata-se de uma reação que acaba por refletir no direito penal como meio de controle social. A vantagem é que além de custar pouco dinheiro ao Estado serve para acalmar a opinião pública.

As leis penais de um modo ou de outro têm sempre um efeito simbólico como, por exemplo, a lei contra violência doméstica que se propõem a revalorizar o papel da mulher, ou leis de caráter moral como a lei de crimes ambientais que promove a consciência ecológica, ou ainda a lei de crises que é a lei de combate a organizações criminosas e terrorismo visando apaziguar o medo e os protestos públicos de forma que quanto maior a extensão do âmbito de proteção do seu bem jurídico maior é o seu caráter simbólico.

Díez Ripollés classifica o direito penal simbólico em três grandes blocos (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, p. 88-94)¹¹⁹:

O primeiro deles é composto por normas com o objetivo de solucionar o problema de caráter emergencial não atendendo a finalidade de prevenção dos delitos, podem ser concebidas como: a) leis reativas: onde predomina o objetivo de demonstrar a rapidez de reflexo de ação do legislador em face da aparição de novos problemas; b) leis identificadoras: a partir das quais se manifesta a identificação do legislador com determinadas preocupações dos cidadãos; c) leis declarativas: por meio das quais se busca aclarar contundentemente quais são os valores corretos a respeito de uma determinada

¹¹⁷Essa feição, segundo Gomes, mostra o retrato fiel do atual populismo penal midiático que se revela em duas dimensões: a) conservadora clássica e a b) disruptiva. A primeira defende a divisão da sociedade em pessoas decentes de um lado e criminosas de outro, volta-se para os desiguais considerados inimigos com atenção para a criminalidade clássica (patrimonial, violenta, sexual). Já a segunda coincide em parte com as teses punitivistas das criminologias críticas ou progressistas chamada de disruptiva, porque perseguem os iguais que são os criminosos do colarinho branco, a corrupção em sentido amplo (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 98).

¹¹⁸PINA, 2009, p. 159.

¹¹⁹DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. n. 103, p. 63-97, 2002, p. 88-94. Disponível em: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/issue/view/905/showToc>>. Acesso em: 21. maio. 2013.

realidade social; d) leis principialistas: que manifestam a validade de certos princípios de convivência; e) leis de compromisso: cujo papel principal é mostrar às forças políticas que as impulsionam o respeito aos acordos alcançados.

O segundo bloco é composto por normas que atuam em função das pessoas que podem ser delinquentes em potencial, podendo ser classificadas como: a) leis aparentes: cuja formulação defeituosa do ponto de vista técnico as torna inacessíveis às condições operativas do processo penal; b) leis gratuitas: que são aprovadas sem os recursos pessoais ou materiais necessários para sua efetiva aplicação no caso de infração; c) leis imperfeitas: que não preveem sanções ou sua aplicação sendo tecnicamente impossível.

Já o terceiro bloco é composto por normas em função dos efeitos sociais produzidos, podem ser classificadas como: a) leis ativistas: por meio das quais se busca suscitar nos cidadãos a confiança de que se está fazendo algo em face dos problemas sociais; b) leis apaziguadoras: que têm por escopo acalmar as reações emocionais que certos sucessos criminais produzem na sociedade; c) leis promotoras: cujo objetivo é a modificação de determinadas atitudes sociais em face de certos problemas sociais; d) leis autoritárias: que procuram demonstrar a capacidade coativa geral dos poderes públicos.

A dinâmica penal legislativa para a expansão do direito penal com matizes simbólica tem início quando se problematiza socialmente a falta de relação entre a realidade social e sua correspondente resposta jurídica (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p.19)¹²⁰.

A discussão a respeito de um problema social se move em um ambiente de considerável indefinição de forma que os vários tipos de agentes sociais podem por em marcha o processo legislativo como os partidos políticos, sindicatos, associações empresariais, associações de proteção ao meio ambiente, feministas, pacifistas, vítimas proeminentes, meios de comunicação em massa, etc. O único requisito exigido nesta fase de criação pré-legislativa é a capacidade de conferir credibilidade a suas apreciações¹²¹.

A obtenção de credibilidade não depende exclusivamente das habilidades do agente social impulsionador, mas também de certas qualidades inerentes a essa disfunção como a capacidade de despertar a atenção social por meio da dramaticidade do fato que mantém a contínua presença no debate social e assuntos vinculados à experiência direta da maioria

¹²⁰DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: Teoria e prática. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 19.

¹²¹DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p.21.

dos cidadãos. E, também a utilidade da discussão dessa disfunção social para a sociedade¹²².

Após sua inclusão na agenda social é preciso que o conhecimento dessa disfunção social se dissemine de maneira generalizada na sociedade e provoque o envolvimento emocional da população¹²³.

Para consolidar essa percepção social é necessário gerar um mal-estar por meio de um intercâmbio de opiniões e impressões, por isso os meios de comunicação terão um lugar relevante na identificação do problema social quando catalisa este sentimento transformando-o em mal-estar¹²⁴.

Diversos grupos como consumidores, feministas, ecologistas podem desempenhar o papel de constituir um programa de ação para pressionar a classe política de modo eficaz. Entretanto os grupos de pressão da mídia conseguem se destacar, pois eles antecipam os demais grupos substituindo sua intervenção o que implica em um decréscimo das exigências relacionadas ao grau de análise e reflexão dos problemas sociais necessários para justificar uma intervenção legislativa penal. Ademais, outorga-se a hegemonia de quase toda a fase pré-legislativa a um único agente social dada a capacidade que tem de influir na divulgação da disfunção social e do aparecimento do mal-estar social¹²⁵.

Assim, a mídia legítima (justifica) o processo de expansão do direito penal por meio da criação de leis de caráter simbólico e reforça a ordem social existente quando promove a construção social do crime.

Por exemplo, nos Estados Unidos, o presidente Reagan em 1986 justificou o combate à droga afirmando que as sondagens de opinião mostraram que isto era a preocupação número um no país, no entanto não existia pesquisa de opinião pública, portanto o que ocorreu foi à legitimação do combate às drogas por meio da cobertura dada pela imprensa. Isto, porque o sistema legal não age apenas para proteger o indivíduo de forma a manter a lei e ordem, mas define os limites dos valores sociais aceitáveis e símbolos que devem ser protegidos. De modo que os jornais neste aspecto constroem narrativas públicas definindo o que é e não é aceitável no que se refere ao crime¹²⁶.

A influência da mídia sobre a agenda política constitui uma fonte informal do direito penal e, com efeito, a realidade criminal é construída pelos meios de comunicação

¹²²DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 22-23.

¹²³Ibid., p. 23-24.

¹²⁴Ibid., p. 28.

¹²⁵Ibid., p. 32-36.

¹²⁶PINA, 2009, p. 168-170.

social com enfoque no crescimento da criminalidade e nas notícias de crimes violentos para que produza legislação penal e endureça as regras relativas à execução dos procedimentos penais. Tal enfoque tem como resposta as políticas legislativas simbólicas que expandem o âmbito de atuação do direito penal e assim a mídia tem um papel determinante de transformar uma indignação privada em apelo público servindo para criar o mito da pena para erradicar o mau e apaziguar as infelicidades coletivas, no qual a figura da vítima motor inesgotável dos pânicos morais tem seu nome frequentemente ligado às leis penais que eles inspiraram¹²⁷.

No Brasil, por exemplo, podemos citar a chamada Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), que trata da violência doméstica e ficou assim conhecida em homenagem a vítima que sofreu uma tentativa de homicídio por parte de seu marido, no entanto o evento que originou a criação desta lei foi o reconhecimento a partir deste caso perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que o Estado brasileiro foi negligente e omissivo em relação à violência doméstica. Somente depois disso é que este caso recebeu a atenção dos meios de comunicação e assim a mídia atuou apenas como reforço de legitimação da lei perante a opinião pública não se constituindo em fonte informal do direito penal.

Por outro lado, a Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/12) ganhou este nome em homenagem à vítima que é atriz e teve suas fotos em situação íntimas copiadas sem autorização do seu computador e posteriormente publicadas na internet em maio de 2011. O fato foi amplamente divulgado pela mídia e em novembro de 2011 já foi apresentado o projeto de lei visando combater os crimes informáticos que tramitou rapidamente pelo Congresso Nacional recebendo a sanção presidencial em dezembro de 2012. Aqui fica claro a atuação da mídia não como reforço da ordem social, mas como grupo de pressão para criação legislativa.

Nilo Batista descreve a curiosa pressão da mídia para a criação do crime de assédio sexual no Brasil:

Em 30 de março de 2001, o programa Globo Repórter ocupou-se de assédio sexual. Um Sérgio Chapelin doutrinal indagava “qual o limite entre a paquera e o assédio sexual”, respondendo em seguida que “o assédio causa constrangimento e muita dor”, e convocando a participação da enorme audiência: “Você já foi vítima? Ajude-nos com a sua informação”. A seguir, foram apresentados alguns casos. Um alto funcionário municipal, de cidade vizinha ao Rio, recebera um cartão, exibido e parcialmente lido, com uma declaração de amor de uma senhora que lhe mandava flores “até duas vezes por dia”. Registrou o fato

¹²⁷PINA, 2009, p. 170-174.

na Delegacia de Mulheres local. Provocada a pronunciar-se, a delegada afirma à repórter que algumas pessoas lhe perguntaram: “será que ele não é chegado à coisa”? O marido da sedutora, para decepção geral, nem a matou nem a abandonou. O segundo caso teve como protagonista uma jovem, cuja chefe, homossexual, pretendeu conquistá-la. Imagens e a identidade da chefe, que se recusou a falar, foram exibidas. Entre uma história e outra, o especialista (no caso, o indefectível deputado Carlos Minc) se pronuncia. O último episódio se passa também na Baixada Fluminense; dessa feita, sequer existe uma relação de poder em causa. Um empregado de uma pequena fábrica teria dito para um colega, certa ocasião, que ela “estava gostosa”, e teria tentado olhar seu banho, através de uma janela. A repórter bate à porta da fábrica, gravando, e o infeliz réu, aterrorizado pela câmera, diz que ele não é ele. O patrão confirmará que ele é ele, porém os outros empregados negarão os fatos. Nomes, fisionomias, tudo no ar. Ao final, a repórter lembra: “a lei ainda está por vir”. De fato, um mês e meio depois dessa matéria, a lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, viria a criminalizar o assédio sexual (art. 216-A do CP)¹²⁸.

Mas, o exemplo mais clássico de criação legislativa no Brasil inspirada na insegurança causada pela mídia foi à criação da chamada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) na qual estabelece um rol de crimes considerados graves pelo legislador infraconstitucional de modo que são insuscetíveis de anistia, graça indulto, fiança e a progressão de regime é mais rigorosa do que outros crimes fora deste rol.

Tal lei foi “catalisada” pela mídia quando no final da década de 1980, a extorsão mediante sequestro surgiu como uma temática da violência divulgada na Revista Veja, o semanário de maior circulação no país, que apresentou na capa a manchete “Sequestros – O medo chega às famílias” (PAIVA, 2009, p. 97)¹²⁹.

Mas, os clamores por reformas legislativas ganharam força quando o empresário Abílio Diniz foi sequestrado em São Paulo no dia 11 de dezembro de 1989 com grande repercussão pública e mais tarde com o sequestro do empresário Roberto Medina em 5 de junho de 1990 mobilizando toda a imprensa que acompanhou o caso até o pagamento do resgate¹³⁰.

A dramatização que acompanhou a cobertura dos dois casos mencionados serviu para manter a sensação de disfunção social, assim como a probabilidade de ser vítima deste tipo de crime. Mas, cumpre destacar que as forças políticas já colocavam a questão como um problema de complacência da legislação até então em vigor, logo o que ocorreu foi a

¹²⁸BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. p. 11. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 19. maio. 2013.

¹²⁹PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **A fábrica de penas: Racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 97.

¹³⁰PAIVA, 2009, p. 99.

amplificação do problema pelos meios de comunicação formando a opinião pública para legitimar a proposta de uma resposta jurídico-penal como solução¹³¹.

Na fase pós-legislativa a avaliação social da lei é que a mesma não resolveu a disfunção social da maneira que deveria. E, assim, surgiram diversos projetos de lei de alteração da Lei de Crimes Hediondos até que em 28 de dezembro de 1992, com o assassinato da atriz Daniella Perez no Rio de Janeiro pelo ator que fazia o par romântico com ela fez com que sua mãe iniciasse uma campanha nacional de combate à impunidade visando à inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos. Ela conseguiu apresentar um anteprojeto de lei de iniciativa popular e em setembro de 1994 a lei entrou em vigor¹³².

Em 1998 uma criança morreu de pneumonia após ter sido tratado com um antibiótico falso no Rio de Janeiro, posteriormente a mídia relatou uma onda de casos semelhante até que o sentimento de pânico culminou no projeto de lei que propunha o acréscimo do crime de adulteração e falsificação de remédios e alimentos no rol de crimes hediondos¹³³.

Dessa forma, Paiva concluiu que:

A lei dos crimes hediondos consolidou-se como uma fonte inesgotável de projetos de lei destinados a satisfazer a opinião pública, dirigindo a produção legislativa com força tamanha que praticamente elimina a viabilidade política da apresentação de um projeto de iniciativa parlamentar que vá contra os pressupostos da lei e ordem (PAIVA, 2009, p. 144).

Sobre a influência da mídia no direito penal português Pina entrevistou diversos juristas entre eles Jorge Figueiredo Dias que ao ser questionado acerca da influência da mídia na produção legislativa portuguesa disse que a agenda política em matéria criminal é enquadrada pela mídia. O problema da corrupção, por exemplo, as leis existem, mas o problema é de aplicação, sendo muito mais fácil dizer que a lei está mal do que arranjar mais dinheiro, instalação, formação para cuidar do problema. Cita também como exemplo o Deputado Costa Andrade que ao pronunciar-se na Assembleia, em razão de um acontecimento no qual as brigadas FP25 mataram um polícia, disse que no país se tem uma política criminal à flor da pele, porque passado dias já estavam a agravar o crime de homicídio, outras vezes um presidente da República foi insultado e o crime que era particular passou a ser público¹³⁴.

¹³¹Ibid., p. 100.

¹³²PAIVA, 2009, p. 133.

¹³³Ibid., p. 140.

¹³⁴PINA, 2009, p. 294-295

Germano Marques da Silva por seu turno afirmou que a relevância da mídia na dinâmica do direito penal é grande, por exemplo, o destaque dado pela mídia ao problema da pedofilia determinou a intervenção das autoridades, quer na promoção de processos, quer nas alterações legislativas. A frequência da mídia em referir ao elevado número de presos preventivos também determinou alterações legislativas. A demora dos processos e prescrições frequentes também determinou alterações legislativas. A relevância dada a certas questões pela mídia (pedofilia, corrupção em geral, insegurança urbana, consumo e tráfico de estupefacientes, etc.) provoca a discussão alargada sobre elas e o legislador é levado a repensar as soluções legais consagradas e frequentemente alterá-las¹³⁵.

Assim, podemos concluir que os meios de comunicação de massa ao catalisar a insegurança influenciam a agenda política para gerenciar os riscos da pós-modernidade adaptando o direito penal a esses novos problemas, contudo essa adaptação é responsável pela expansão do direito penal justificado por uma criminologia populista. Ademais, ela pode atuar posteriormente como reforço legitimador da criação legislativa convergindo às opiniões para justificá-la. Com isso, o direito penal de cunho liberal perde legitimidade diante do direito penal simbólico que surge como a solução para o sentimento de insegurança, mas essa solução é apenas paliativa, pois a sociedade cotidianamente recebe novas informações de novos problemas, trata-se do mal estar da pós-modernidade.

2.3 Julgamentos midiáticos

Como o direito está hoje na “era da imagem” a relação entre o tribunal e a mídia não pode ser propriamente entendida se apartada das telas dos meios de comunicação. Para muitos elas são a primeira fonte de conhecimento do sistema judicial. Os tribunais são a arena formalmente construída onde o significado das condutas sociais é determinada. Logo, qualquer influência pública sobre a imagem dos tribunais invariavelmente interfere na habilidade do tribunal de ser o mecanismo legitimado para cumprir a função de definir os limites aceitáveis de um comportamento¹³⁶.

O sistema judicial pode ser examinado de três formas pela mídia: 1 – Entretenimento. 2 – Desenvolvimento de um julgamento pela mídia. 3 – Associação com um pré-julgamento público. Direta ou indiretamente a mídia distorce a imagem do Poder Judiciário seja como um reforço na fiscalização pela aplicação da lei ou como alusão a

¹³⁵PINA, 2009, p. 324-325.

¹³⁶SURETTE, 2007, p. 118.

uma espécie de poder ingênuo que repetitivamente pelo devido processo legal absolve pessoas obviamente perigosas e culpadas. Normalmente a mídia mostra apenas o julgamento, por isso a imagem popular do Poder Judiciário é esta e não as consequências de uma eventual condenação ou os procedimentos anteriores ao julgamento¹³⁷.

Como entretenimento a mídia funciona como uma cerimônia de expiação na qual a culpa de todo mundo é canalizada (midiaticamente) sobre os ombros de um ou alguns culpados. Trata-se de um ritual de purificação dos pecados dos demais (ou da própria mídia). Neste sentido, todos os réus são culpados pelos seus crimes na medida em que são devidamente selecionados para tornarem-se bodes expiatórios, porque, embora culpados, acabam por fazer parte de um ritual de exculpação nacional (dos outros). Descarrega-se nesse bode expiatório a culpa de todos, gerando um tipo de purificação da alma¹³⁸.

Já o julgamento midiático não se trata apenas de uma mediação da justiça, mas a produção de juízos de valores pelos meios de comunicação e o questionamento dos efeitos da justiça estatal, ou seja, a mídia se apropria dos elementos do discurso da justiça realocando-as de seus sentidos, inscrevendo em novos espaços, assim a cobertura midiática dos casos não será ingênua, pressionará os tribunais que se sentirão vigiados por uma audiência que segue seus passos por meio do jornalismo (RODRÍGUEZ, 2011, p. 297)¹³⁹.

A sentença nos tribunais do Estado é o último momento revelador do processo que restitui a verdade das coisas que se colocaram em questão. Uma verdade formada por provas agregadas e constatações jurídicas. Entretanto, na justiça midiática a sentença já aparece no momento do processo com a apresentação eloquente do evento e da sua atribuição da culpa. Por isso, o processo midiático não se inaugura com perguntas, mas com respostas intempestivas que não tiveram momento para reflexão. Na realidade se trata de uma forma particular de castigo que remonta a época clássica, trata-se do escárnio social que supõe a visualização dos eventos a que se atribui a uma pessoa pela opinião pública sem prévio aviso como se fosse um espetáculo punitivo¹⁴⁰.

A sentença não aparece necessariamente enunciada pelos jornalistas, muitas vezes surge pela opinião pública manifestada por sondagens de opinião, cartas do leitor, voz das

¹³⁷SURETTE, 2007, p. 120.

¹³⁸A locução bode expiatório conta com vários significados: a) alguém inocente que carrega o pecado de todos e é sacrificado por isso; b) alguém inocente é escolhido para responder por algo que não fez (e no final acaba inocentado); c) sobre os ombros de um culpado ou de alguns culpados se descarregam as culpas de todos os membros da comunidade, que ficariam purificados (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 54).

¹³⁹RODRÍGUEZ, Esteban. ¿Será justicia? La administración en los mass media: deshistorización y criminalización de la realidad en el periodismo contemporáneo. In: Mariano H. Gutiérrez (Org.). **Populismo punitivo y justicia expresiva**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011, p. 281- 323.

¹⁴⁰RODRÍGUEZ, 2011, p. 314.

testemunhas, parentes, vizinhos sendo que estes três últimos não somente opinam sobre os detalhes do ocorrido, mas também exercitam uma valoração moral das vidas envolvidas e assim funciona a base de *leading case* de modo que a verdade se projeta em outros casos¹⁴¹.

O pré-julgamento pela opinião pública provocada pela mídia primeiramente ocorre justamente pela seleção que ela faz dos casos voltada para o entretenimento como casos bizarros, pessoas famosas ou poderosas, crimes sexuais, etc.. Estes temas pré-estabelecem um conceito moldado sobre a visão do crime e da justiça criminal. O impacto social é raramente ligado à extensão do dano criado pelo crime, mas da significativa atenção que recebe da massa e do debate público, influenciando a sua atitude durante anos produzindo um efeito de “eco” de casos similares, mas não publicados¹⁴².

A televisão representa o mais intrusivos dos meios de comunicação com o Poder Judiciário. Nos Estados Unidos o reconhecimento do impacto da cobertura televisiva na sociedade se deu no julgamento de Bruno Hauptmann pelo sequestro e assassinato de uma criança em 1930, que resultou na recomendação de banir em 1937 o uso de máquina fotográfica durante a sessão de julgamento e em 1952 foi estendido para a câmera de vídeo. A Suprema Corte americana no caso *Estes v. Texas* em 1965 decidiu no sentido de limitar o acesso da televisão no tribunal, pois entendeu que poderia prejudicar o acusado, visto que ela inerentemente nega um devido processo legal. Depois disso muitos estados americanos limitaram o acesso da TV ou simplesmente a baniram¹⁴³.

Por volta de 1980, os tribunais sentiram novamente a necessidade de expandir a audiência da sala de julgamento para os espectadores externos assim começaram a tentar controlar o comportamento da mídia durante o julgamento. Sendo que hoje a cobertura intensiva e às vezes intrusiva é um fato da vida no Poder Judiciário de modo que esta instável relação tem como efeito o pré-julgamento público¹⁴⁴.

Ironicamente, apesar do sistema adversarial e litigioso, a mídia e o Poder Judiciário reagem da mesma maneira para os eventos criminais. Ambos concentrados em construir sua particular visão, por isso algumas vezes essa relação é de cooperação de modo que a publicidade antes e depois do julgamento pode afetar a comunidade e o tribunal. Infelizmente a publicidade em geral é prejudicial ao devido processo legal, pois se baseia

¹⁴¹RODRÍGUEZ, 2011, p. 315.

¹⁴²SURETTE, 2007, p. 127-134.

¹⁴³Ibid., p. 135.

¹⁴⁴Ibid., p 137.

em informação factual e emocional sem provas relevantes. A informação factual inclui a confissão, testes inadmissíveis como a performance poligráfica e o passado criminal¹⁴⁵.

As informações emocionais são as histórias que dão credibilidade para a testemunha ou o sentimento pessoal dela sobre o Ministério Público, polícia, vítima, juiz e também as histórias sobre a característica do acusado que inflamam o público para punir o crime cometido. Contudo, o Poder Judiciário americano entende que a chave para o devido processo legal é o jurado imparcial definido em 1807, no caso Aaron Burr (U.S v. Burr, 25F. Cas 49) como aquele livre de influências ou do conhecimento fora da sala de julgamento. Mas, ainda que se cogite em julgamento imparcial a mídia acaba construindo uma nova visão de veredicto: “legalmente inocente, mas socialmente culpado”, confundindo o conceito de culpa jurídica com culpa factual¹⁴⁶.

Um exemplo de veredicto midiático no Brasil foi em 1997 quando a revista *Imprensa* publicou uma matéria de capa acusando professores de uma escola de abusar sexualmente de seus alunos. Durante dois meses de investigação policial os donos da escola e os professores viram seus nomes em destaque nos jornais causando comoção nacional, no entanto depois das investigações terem sido concluídas nada pode ser provado contra os professores sendo arquivado o caso e todos considerados inocentes pela justiça. O único problema foi que a escola nesse ínterim foi fechada, porque todos os pais retiraram seus filhos da escola. Os proprietários acabaram com sérios problemas financeiros, sociais e psicológicos (MENDOÇA, 2002, p. 124)¹⁴⁷.

Os casos de julgamento paralelo, isto é concomitante ao processo penal sendo que a publicidade dos atos processuais nesse caso deixaria de servir de direito do acusado a um julgamento justo para se transformar no seu reverso, ou seja, em um poderoso instrumento capaz de influir na conclusão do processo. Em casos extremos o julgamento paralelo pode causar revolta popular e induzir ao linchamento.

No Brasil o programa *Linha Direta* foi organizado pela TV Globo sob o argumento de “diminuir a violência” e “ajudar” a justiça visando aproximar-se de um público recém-alfabetizado que até então não consumia jornais, por isso o drama foi uma estratégia de comunicação exacerbando a violência no encontro do bem indefeso com o mal impune¹⁴⁸.

¹⁴⁵SURETTE, 2007, p. 138

¹⁴⁶Ibid., p 139.

¹⁴⁷MENDOÇA, Kleber. **A punição pela audiência:** Um estudo do *Linha Direta*. Rio de Janeiro: Quartet, 2002, p. 124.

¹⁴⁸MENDOÇA, 2002, p. 54.

A narrativa reconstrói o crime a partir da vítima e suas qualidades até que aparece um vilão então a trilha sonora muda para caracterizar a maldade do criminoso e a seguir ela era conduzida em um jogo de declarações de parentes da vítima, investigadores e promotores todos eram narrados pela voz em *off* do apresentador de modo a amarrar toda a trama. No fechamento tinha sempre o sofrimento e o choro indignado dos parentes da vítima em contraposição ao criminoso que escapa impunemente de todas as suas atrocidades¹⁴⁹.

Todo este processo midiático tinha por finalidade criar condições de participação do espectador que possibilitava ao programa atingir a solução dos casos apresentados por meio da denúncia anônima do telespectador via telefone ou e-mail, assim o programa assumia o papel da polícia (ao buscar os criminosos) e da justiça (quando produz a verdade dos fatos). Ao mesmo tempo em que desqualificava o trabalho da justiça com o intuito de dar uma ideia de seriedade do programa como o único capaz de solucionar os casos criminais.

Esta forma de programa culminou no linchamento ocorrido dentro de uma delegacia de polícia por cem presos durante um banho de sol contra um acusado pelo Linha Direta de ter sido o assassino de sua esposa¹⁵⁰.

Há aqui um paradoxo: Enquanto o Poder Judiciário mantém sua sacralidade, sua falta constitui um problema de resposta violenta (visto que a função do Poder Judiciário é a pacificação social). E mesmo quando se busca desesperadamente obter sua homologação às vezes se acaba atacando esta sacralidade por uma lógica informal de linchamento e de construção do bode expiatório próprias dos meios de comunicação que se arrogam de uma representatividade totalizante (GUTIÉRREZ, 2006, p. 288)¹⁵¹.

Trata-se do jornalismo justiceiro pautado em um discurso de ineficiência da justiça no qual serve para gerar impacto no público ao desqualificar as instituições democráticas e criminalizar setores marginalizados ou instituições políticas.

Mas o criticável do jornalismo justiceiro não reside no fim legítimo que persegue que é a condenação do criminoso, mas o discurso extremado na medida em que prega o fim das garantias jurídicas. O jornalismo justiceiro começou como porta voz dos desprotegidos, tornou-se depois o acusador e, por fim se tornou um empresário moral do

¹⁴⁹MENDOÇA, 2002, p. 67-68.

¹⁵⁰Ibid., p. 111.

¹⁵¹GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. **La necesidad social de castigar**: Reclamos de castigo y crisis de la justicia. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2006, p. 288.

punitivismo desenvolvendo para isso uma justiça paralela, que conta com processo próprio, sanção própria, tempo célere, etc. A culminância do seu papel reside no poder de julgar não os casos escolhidos, mas a própria justiça estatal com horizontes imprecisos se institucionalizando como quarto poder como ficou evidenciado no editorial da Folha de São Paulo ao afirmar sobre o caso do mensalão¹⁵² que “o STF chegou ao apogeu do espetáculo obscuro e bizantino; tamanha verbosidade seria reflexo do interminável processo? O Judiciário precisa pautar-se por uma retórica objetiva, direta sucinta”. Portanto, como pode se observa a mídia além de criticar as instituições ainda orienta a sua forma de proceder¹⁵³.

Uma das expressões do populismo penal atual consiste precisamente na intimidação dos juízes, que estão sendo compelidos a seguir a cartilha do poder punitivo, agora transformado em uma espécie de religião dogmática. Na medida em que as instituições vão se fragilizando, a mídia vai ganhando mais força e com efeito ela exerce pressão sobre os operadores jurídicos, especialmente sobre os juízes, dificultando, assim a análise isenta e imparcial de cada caso consoante os ditames da justiça. Em primeiro grau, essa influência está se tornando cada vez mais evidente a ponto de o juiz ter medo de liberar as pessoas presas deixando essa tarefa para os tribunais. Paradoxalmente, quando isso acontece, passam a ocupar um papel de opressor e oprimido ao mesmo tempo. É opressor diante do acusado e oprimido pela pressão midiática. Muitos juízes estão sendo estigmatizados pelo populismo penal midiático colocando em risco, cada vez mais, a garantia do juiz imparcial e independente. A mídia não é a única fonte de influência no funcionamento da justiça, mas não há como negar a relevância do seu poder de pressão¹⁵⁴.

Em Portugal, há iniciativas para aproximar os profissionais das duas áreas (direito e jornalismo), entre elas destacou-se o seminário “Justiça e Comunicação social” em 1996 no qual se concluiu que o tribunal quando aplica a justiça em nome do povo tem o dever de informar, por isso a comunicação social tem um papel de intermediar essa missão, sendo necessária a harmonização dos interesses da justiça com os órgãos de comunicação. A opinião pública surge como ponto convergente nas obrigações e responsabilidades dos dois sistemas. Como resultado em 2003 e também no rescaldo do processo da Casa Pia¹⁵⁵ os

¹⁵²Tal caso ficou assim conhecido, porque os réus (parlamentares) foram acusados de receber uma quantia mensal de dinheiro em troca de vender votos para apoiar o Poder Executivo.

¹⁵³GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 123-124.

¹⁵⁴Ibid., p. 171-172.

¹⁵⁵Trata-se de um processo que recebeu ampla cobertura midiática em Portugal na qual figuras públicas e um ex-funcionário da instituição foram acusados de abuso de menores na Casa Pia de Lisboa uma instituição gerida pelo Estado português para a educação e suporte de crianças pobres e órfãos menores.

órgãos de comunicação social se comprometeram de investigar, divulgar e comentar, mas não acusar, julgar e condenar para não por em causa a presunção de inocência respeitando os direitos individuais dos arguidos no processo de modo que a guerra de audiências não prejudique direitos essenciais de pessoas e instituições¹⁵⁶.

Contudo, tal projeto encontra-se com dificuldade diante dos antagonismos estruturais do processo midiático e do processo penal, pois a lógica do processo penal é lento, formalista, pormenorizado e a lógica do processo midiático é do imediatismo e informalismo. Mesmo em um caso mais simples a verdade nunca é imediatamente acessível, precisa de maturação, elaboração e dessa forma o apetite pela transparência (ver tudo, mostrar tudo) como uma espécie de democracia direta reside em uma incompatível virtude entre mídia e Poder Judiciário¹⁵⁷.

O menosprezo midiático por qualquer alternativa de tolerância, ressocialização e investimento em relação à pessoa do condenado é uma tendência surgida a partir dos anos 70 marcado por grandes mudanças sociais que acompanharam o lento processo de decadência do *Welfare State*, não se trata de críticas teóricas ou de falência das respectivas bases do assistencialismo penal, mas do contraste com o novo estilo de vida e valores compartilhados pela sociedade que envolvia novos modos de produção capitalista e correspondentes avanços no campo tecnológico. Embora os meios de comunicação em massa não tenham sido responsáveis pela falência da solidariedade social e da ressocialização do condenado é evidente que a exposição dos fatos pela imprensa amplifica, dramatiza e por vezes distorce as circunstâncias criminológicas e penais. Em razão disto a legitimação social do Poder Judiciário é posta em dúvida pela opinião pública fazendo com que o juiz procure alternativas que mais se amoldem ou se adaptem aos postulados da comunicação de massa e da opinião pública¹⁵⁸.

A crítica jornalística encontra-se garantida pelo princípio democrático da liberdade de expressão, contudo pode por em risco a própria ordem democrática o que se coloca diante de um dilema: ou impede sua participação e se macula um dos pilares da democracia, ou permite sua participação e põe em risco o próprio regime democrático. Ao mesmo tempo em que os meios de comunicação de massa educam (preparam) o cidadão para a vida na pós-modernidade da mesma forma concorrem para gerar insegurança diante do fenômeno criminal. Com efeito, multiplicam-se as exigências de criminalização e de

¹⁵⁶PINA, 2009, p. 134.

¹⁵⁷Ibid., p. 136-137.

¹⁵⁸SOUZA, 2010, p. 165-166.

penas mais severas, portanto observa-se que além de informar os meios de comunicação em massa realizam igualmente o julgamento paralelo dos fatos criminais e da própria atuação do Poder Judiciário redirecionando-o para realizar um comportamento institucional de acordo com a delimitação hermenêutica estabelecida pela mídia¹⁵⁹.

Diante desta coação discursiva simbólica é possível que o juiz conscientemente ou inconscientemente aja no sentido de resguardar a legitimação popular da instituição realizando uma condução do processo penal de forma que as provas nele colhidas sejam interpretadas e valoradas de acordo com os sentimentos manifestados pela opinião pública que foram catalisados pela mídia. Os efeitos dos meios de comunicação em massa em grande parte são inconscientes, pois frequentemente misturam a percepção delas com aquelas filtradas pela mídia em uma unidade indivisível¹⁶⁰.

A pressão da mídia na mente do julgador faz com que ele consciente ou inconscientemente busque satisfazer a opinião pública, exemplo disto pode ser encontrado no clamor público criado pelos órgãos da mídia em torno da necessidade de prisão preventiva de certo suspeito funcionando como uma antecipação da pena¹⁶¹ (ANDRADE, 2007, p. 306).

Os julgamentos paralelos e antecipados promovidos pelos meios de comunicação em massa no afã de satisfazer seus interesses levam à pressão da opinião pública sobre os juízes que podem assumir o ego coletivo do desejo de vingança ou permanecer imparcial e equidistante e cair em desgraça junto à opinião pública. Assim, quando um jornalista critica maliciosamente um juiz ele extrapola sua função social para desempenhar uma atividade ilegítima à sua função¹⁶².

Pina ao entrevistar Figueiredo Dias acerca da influência da mídia no Poder Judiciário reconheceu que a mídia influência toda a gente, logo uma das consequências de uma decisão será tentar acalmar a população¹⁶³. Germano Marques por seu turno afirmou que é difícil conceber que alguém fique incólume à comunicação social, pois ao longo de sua vida deparou-se frequentemente com decisões de ordenar ou manter a prisão preventiva dos arguidos com a justificação de alarme público provocado pela comunicação social e muitos deles acabaram absolvidos¹⁶⁴.

¹⁵⁹SOUZA, 2010, p. 175-176.

¹⁶⁰Ibid., p. 177.

¹⁶¹ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário: A influência dos órgãos da mídia no Processo Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁶²ANDRADE, 2007, p. 310-311.

¹⁶³PINA, 2009, p. 297.

¹⁶⁴Ibid., 326.

Na medida em que o Estado foi perdendo sua capacidade de resolver os conflitos sociais a mídia foi ganhando mais protagonismo, porque é transformada muitas vezes pela própria opinião pública em palco das discussões para buscar uma solução dos graves problemas sociais, este processo culminou com o apoderamento das questões criminais fazendo com que exista uma justiça paralela, com investigação, acusação e julgamento dos responsáveis pautando-se esse processo midiático, segundo Gomes, pelas seguintes características: a) ampliação do debate, ou seja, não basta ouvir os protagonistas do delito, mas seu entorno que são os familiares e amigos dos envolvidos; b) comunicação direta, transparente e bastante inteligível de forma que está proibido no jornalismo o uso de linguagem rebuscada, impõem-se uma linguagem que provoque emoções; c) amplo espaço de ressonância: os fatos e imagens diferentemente da justiça oficial dizem tudo, isto é, uma vez mostrada à notícia só resta identificar os culpados; d) justiça de alta velocidade: na justiça midiática não há tempo para a apresentação detalhada dos fatos; e) a busca da verdade pela confissão, pois a partir dela vem a sentença pública, mostrando que o criminoso fez uso do seu livre-arbítrio; f) uso de agentes infiltrados e de câmeras ocultas para buscar a verdade ainda que esses meios sejam muitas vezes ilícitos, pois a tarefa é mostrar com rapidez as imagens do crime; g) uso de câmeras para mostra a melhor imagem do crime, pois a imagem não mente, diz tudo para o jornalismo; h) exploração das trajetórias suspeitas, ou seja, basta a análise do comportamento social do suspeito para condená-lo, pois o jornalismo não necessita de provas, mas de indícios; i) uso de fontes confiáveis: uma fonte com credibilidade já basta, não necessitando de provas; j) rumor e cultura da delação: o rumor é matéria-prima do jornalismo que caso esteja acompanhado de uma delação já basta para virar um fato; k) visualização dos fatos: a justiça estatal precisa provar os fatos, já a justiça midiática precisa apenas mostrar os fatos para ratificar a credibilidade daquilo que é visto, logo aceito pela opinião pública; l) flagrante violação da presunção de inocência: para o jornalismo todo mundo é culpado, salvo se comprovada a inocência; m) apoio dos especialistas: a opinião de um especialista confere à credibilidade e o poder de suprir os detalhes; n) sondagens de opinião: as pesquisas de opinião converte a maioria em totalidade conferindo uma voz para a opinião pública; o) humilhações midiáticas: não basta condenar é necessário humilhar como parte do espetáculo da justiça midiática¹⁶⁵.

¹⁶⁵GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 108-112.

Apesar da atuação militante da mídia no combate ao crime e as campanhas de condenação do réu (arguido) serem capazes de comprometer o julgamento justo não se pode deixar de ressaltar que seu papel é fundamental para o regime democrático e que suas manifestações se inserem na proteção constitucional conferida pela liberdade de expressão, portanto eventuais medidas restritivas só se justificam diante da colisão com outros direitos fundamentais, por isso é imprescindível identificar quando se está efetivamente diante de uma campanha de mídia instaurada contra determinado réu que possa influenciar o resultado do julgamento.

3. DIREITOS, GARANTIAS E LIMITES À LIBERDADE DE IMPRENSA.

3.1 Liberdade de expressão

A primeira pretensão do homem quando toma consciência de sua individualidade é reivindicar o respeito por sua dignidade, liberdade de consciência, convicção e capacidade para determinar o destino de sua existência. Essas liberdades básicas são preservadas mediante a liberdade de pensamento, porque consistem em usá-las livremente em público de acordo com a nossa razão (VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 304-305)¹⁶⁶.

A liberdade de pensamento e opinião comporta a liberdade de expressá-los, logo é um meio para alcançar a verdade, porque somente as ideias e opiniões a partir de um encontro dialético pode revelar o caminho de nossos projetos e objetivos como pessoa de um determinado grupo social¹⁶⁷.

Desta forma a liberdade de expressão é derivada da ideia de dignidade da pessoa humana, pois impedir a comunicação livre do ser humano com os demais é condená-lo ao isolamento e empobrecimento espiritual, portanto é tratá-lo indignamente¹⁶⁸.

Assim, a liberdade de expressão se configura como liberdade política e como direito individual frente às ingerências do poder estatal.

A expressão máxima do livre pensar é poder propagar, por quaisquer meios, opiniões, ideias e pensamentos. A liberdade de expressão é consequência da liberdade de pensamento, é a exteriorização desta. Não se pode falar em liberdade de pensar se ela circunscreve apenas ao pensamento no interior indevassável do ser humano. Pensamento que não se manifesta, que se oculta, não atinge a plenitude da liberdade (VIEIRA, 2003, p. 24)¹⁶⁹.

A justificativa teórica da liberdade de expressão divide-se em dois grandes grupos: os que defendem que ela deve ser protegida por ser um instrumento importante para a coletividade ou para a democracia; e os que ressaltam tratar-se de um direito individual

¹⁶⁶VALLDECABRES ORTIZ, Maria Isabel. **Imparcialidad del juez y medios de comunicación**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 304-305.

¹⁶⁷VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 309.

¹⁶⁸Ibid., p. 306.

¹⁶⁹VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

imprescindível à autorrealização pessoal que deve ser protegido independentemente dos interesses coletivos (concepção constitutiva da liberdade de expressão).

O primeiro grupo denominado de concepção instrumental da liberdade de expressão funda-se nos seguintes argumentos: 1. Nos regimes democráticos deve ser garantido o direito de criticar livremente os agentes públicos e de sustentar ideias que divirjam do senso comum devendo estas ser toleradas e combatidas apenas no campo das ideias. 2. O livre embate das ideias é imprescindível à descoberta da verdade. 3. Os regimes democráticos devem conviver com certo grau de instabilidade provocado pela livre circulação de ideias (SCHREIBER, 2008, p. 50-21)¹⁷⁰.

Para os adeptos desta teoria a plena liberdade editorial não garante necessariamente a veiculação de programas que abordam temas de interesse da coletividade, pois os meios de comunicação são grupos econômicos que livremente determinam o que deve ser noticiado ou silenciado. Por isso, a regulação estatal torna-se necessária para a veiculação de uma grade mínima de programas de interesse público. Inicialmente essa visão de regulação estatal foi aceita pela Suprema Corte americana, contudo acabou sendo rejeitada em 1987¹⁷¹.

Trata-se de uma fundamentação instrumental do direito, pois a funcionalidade da liberdade de expressão é para o descobrimento da verdade do seu conteúdo e dos limites do seu exercício. A verdade aqui é como um bem autônomo e essencial para o desenvolvimento da sociedade, alcançada se permitir que todas as ideias concorram para determinar aquela que se considera a melhor. Ademais, outra função da liberdade de expressão seria para controlar o poder do Estado formando uma conexão sistemática com o princípio democrático, sendo que aquela atua como a proteção desta garantindo o pluralismo de ideias. Por outro lado, uma das objeções a esta teoria é que os meios de comunicação funcionam como um mercado de ideias controladas por empresas em situação de quase monopólio, isto não se equipara a um foro público, pois eles são os únicos que emitem de acordo com os interesses de mercado as ideias, logo não se pode garantir a verdade¹⁷².

De qualquer modo, a liberdade de expressão possibilita aos cidadãos acessarem a informação necessária para que suas decisões sejam livres e também controlar os poderes

¹⁷⁰SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais:** Uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50-51.

¹⁷¹SCHREIBER, 2008, p. 54-56.

¹⁷²VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 326-330.

públicos propondo mudanças sociais, econômicas e políticas. Os meios de comunicação neste panorama acrescentaram condições para que se cumpra a função de informar nas mais variadas audiências tornando-se um instrumento do exercício da liberdade de expressão. A mídia tornou-se seu protagonista mediante o intercâmbio de informações e opiniões relevantes de modo que a liberdade de imprensa apesar de não ser um conceito constitucional cumpre uma função institucional sobre a liberdade de expressão como resultado do direito de se comunicar e receber informação¹⁷³.

A Suprema Corte americana entendeu que a democracia baseia-se na opinião pública dos seus cidadãos e para que fosse válida ela teria que ser o resultado da livre discussão de ideias entre os cidadãos. Esta interpretação instrumental coloca-se a serviço da democracia, por isso esta preferência alcança temas estritamente políticos. Ela foi utilizada pelos tribunais com efeito de dirimir conflitos com outros direitos fundamentais. E originalmente como fundamento de inconstitucionalidade nos Estados Unidos contra as leis que restringiam a liberdade de expressão, trata-se da posição preferencial da liberdade de expressão (BRAGA, 2008, p. 20-21)¹⁷⁴.

Assim, os discursos políticos ou mensagens a respeito de assuntos de interesse público gozam de preferência sobre os demais direitos, segundo a Suprema Corte americana, pois são relevantes para a formação da opinião pública. No caso *New York Times Co. v. Sullivan* (376 US 254 – 1964), o jornal New York Times publicou uma matéria de repressão policial a um protesto ocorrido em uma escola de crianças negras, mas depois de constatados que alguns fatos noticiados não refletiam a realidade o jornal acabou sendo processado pelo chefe de polícia Sullivan tendo como resultado sua condenação a uma indenização pelos danos causados, no entanto tal decisão foi cassada pela Suprema Corte afirmando que não basta que o fato imputado fosse danoso ou falso, pois deveria ficar evidenciado o dolo ou a conduta temerária do jornalista, salvo no caso de quando se tratar de pessoas privadas¹⁷⁵.

Esta teoria da posição preferencial da liberdade de expressão tem como standard duas doutrinas: A primeira que é a do *clear and presente danger test* que consiste em distinguir o discurso e a ação, assim apenas a evidência de que o discurso levará a uma ação danosa justifica a interferência repressiva do Estado, aqui a avaliação do grau de proximidade entre o discurso e a ação deve ser feita caso a caso. Mesmo leis restritivas são

¹⁷³VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 332-333.

¹⁷⁴BRAGA, Fernando Urioste. **Libertad de expresión y derechos humanos**. Buenos Aires: Julio César Fara Editor, 2008, p. 20-21.

¹⁷⁵SCHREIBER, 2008, p. 57.

enfraquecidas por esta doutrina preferencial, pois se exige a demonstração de que o interesse público que se pretende realizar com tal restrição é extremamente relevante¹⁷⁶.

A relatividade da distinção entre discurso e ação coloca-se como problema quando o discurso não emite apenas juízos de valor, mas também quando se constitui como um poderoso instrumento de criação de sentido e de realidade (discurso performativo). Não obstante, geralmente os elementos valorativos e performativos do discurso permanecem na penumbra o que dificulta um juízo seguro acerca da medida de sua tutela jurídica adequada. Os pronunciamentos performativos dependem da ponderação de uma série de fatores: a existência ou não a par do valor performativo de um conteúdo mínimo de tutela jurídica; impacto do pronunciamento sobre os outros direitos dignos de proteção jurídica; inserção da elocução performativa em contexto institucional dotado de regulação específica, por exemplo, ordem de uma autoridade pública. A questão da responsabilidade civil ou criminal para além das questões imediatas de ilicitude se coloca em complexas interrogações no domínio da intencionalidade e causalidade de modo que em alguns casos os discursos de ódio, por exemplo, pode conduzir a resultados razoáveis e em outros implicar em restrição excessiva da restrição da liberdade de expressão daí que a utilização instrumental mereça uma cuidadosa análise das restrições de direito¹⁷⁷.

A segunda doutrina diz respeito aos discursos que se referem a temas de interesse público, assim quando se tratar de liberdade de informação, deve-se verificar se o fato noticiado é de interesse público, ou seja, a liberdade de expressão está sendo exercida licitamente sem a intenção de caluniar, injuriar ou difamar¹⁷⁸.

Com relação à concepção constitutiva da liberdade de expressão cabe ressaltar a capacidade moral dos indivíduos não por fomentar um debate público, mas porque em uma sociedade justa o governo deve tratar seus membros adultos e capazes como agentes morais responsáveis. As estruturas da comunicação social integram a sociedade civil devendo o Estado manter um compromisso de neutralidade atuando apenas para proteger e promover a autonomia individual. Portanto, a proteção de determinado discurso não depende de considerações sobre o valor da mensagem, mas da colisão de direitos ou interesses de igual envergadura recorrendo-se à ponderação, logo se torna possível

¹⁷⁶SCHREIBER, 2008, p. 68-79.

¹⁷⁷MACHADO, 2002, p. 431-434.

¹⁷⁸SCHREIBER, 2008, p. 83.

justificar restrições à liberdade de expressão sob o argumento de que tal medida atende melhor a realização da democracia¹⁷⁹.

De qualquer forma a liberdade de expressão não cobre apenas a razão pública, mas também a emoção pública, pois as palavras ofensivas constituem um barômetro dos sentimentos e como tais tem uma importância substancial como expressão o que implica na restrição ponderada do impacto intersubjetivamente comprovado, que os mesmos possam ter em outros direitos ou bens dignos de proteção constitucional de forma que não basta mobilizar categorias como pornografia ou obscenidade, mas demonstrar em que medida atenta de forma desproporcional contra direitos e interesses constitucionalmente protegidos¹⁸⁰.

Assim, a função da liberdade de expressão se expõe como um direito estritamente individual e como um direito dirigido para a formação de um cidadão informado, trata-se de um direito inerente a pessoa humana em última análise, que busca a verdade.

Esta visão utilitarista e individualista da liberdade de expressão tem como seus defensores John Stuart Mill afirmando que esta busca não é mero exercício intelectual, mas um instrumento de autorrealização da pessoa que se relaciona com sua capacidade de pensar, imaginar e criar e em última instância o próprio desenvolvimento da nação. Funda-se em quatro motivos esta teoria para defender a liberdade de expressão: Uma opinião que é censurada pode ser verdadeira; ainda que a opinião censurada seja errônea, pode conter algo de verdade; ainda que a opinião aceita seja totalmente verdadeira, se não for discutida por aqueles que a admitem, se converterá em preconceitos sem fundamento; a opinião geral e verdadeira que não é discutida corre o risco de debilitar-se e converte-se em um dogma que impedirá o desenvolvimento de outras convicções baseadas na razão ou na experiência pessoal¹⁸¹.

Esta perspectiva amplia a visão das atividades humanas afirmando o valor de outras atividades que não estão compreendidas dentro da política, por outro lado assinala que todos os direitos humanos têm a mesma hierarquia e que estabelecer preferência de uns sobre os outros rompe com seu equilíbrio sistêmico.

Assim, a suposição de que certos direitos preferem a outros somente pode ser entendida como uma preferência de resultado, ou seja, pretensões que se cedem em face daquele, mas não são relegados a um segundo plano. Por exemplo, a pretensão de silenciar

¹⁷⁹SCHREIBER, 2008, p. 61-67.

¹⁸⁰MACHADO, 2002, p. 418-423.

¹⁸¹BRAGA, 2008, p. 30.

uma informação desonrosa se impõe de legitimidade de difusão quando é verídica e de relevância pública, isto não afeta o conteúdo do direito à honra nem debilita sua posição jurídica frente à liberdade de informação¹⁸².

Por isso, mesmo quando se protege o direito à liberdade de expressão de pessoa coletiva ainda se deve ter presente a conexão que se estabelece entre os indivíduos ligados funcionalmente à empresa. Logo, prepondera à dimensão subjetiva da liberdade de expressão que consiste na negativa de interferência estatal e de terceiros, isto significa um dever de abstenção por parte do Estado que excepcionalmente pode vulnerá-lo. Por outro lado, corresponde a um dever estatal de proteção perante agressões de terceiros e do próprio Estado, trata-se da dimensão objetiva que tem em vista a força normativa dos direitos fundamentais materializada na atribuição de competências negativas e positivas aos poderes públicos (MACHADO, 2002, p. 370-383)¹⁸³.

O direito à liberdade de expressão na Constituição portuguesa encontra-se previsto no art. 37º números 1, 2 e 3. A Constituição brasileira por seu turno garante a liberdade de expressão em vários dispositivos (art. 5º, IV, V, IX, X, XIV; art. 220, § 1º, § 2º, § 3º, I, II, § 4º, § 5º, § 6º). Tanto na Constituição portuguesa quanto a brasileira se sobressai o seu aspecto negativo, ou seja, de não ingerência estatal, salvo situações excepcionais.

Percebemos pela leitura dos textos constitucionais distintas maneiras de manifestação da liberdade de expressão, pois temos a: liberdade de pensamento, liberdade de manifestação de tais ideias e a liberdade de informação.

A liberdade de informação é um direito pessoal, individual de receber a informação, enquanto direito à informação assume um carácter coletivo quando se dá mediante os meios de comunicação em massas. Assim, o direito à informação é a possibilidade de noticiar e receber notícias sobre fatos que possam ter transcendência pública¹⁸⁴.

Há no direito à informação três componentes que são: o direito de informar, o direito de ser informado (investigar) e o direito de ser informado. O primeiro consiste na possibilidade de veicular informação; o segundo é a faculdade de ter livre acesso às fontes e o terceiro é a prerrogativa que qualquer pessoa possui de receber a informação. Assim, o direito da informação pode ser entendido como liberdade de imprensa concebida como o exercício da liberdade de expressão. Embora o termo imprensa derive de impressão seu

¹⁸²VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 358.

¹⁸³MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 370-383.

¹⁸⁴VIEIRA, 2003, p. 30-31.

sentido é mais amplo abarcando todos os meios tecnológicos de comunicação em massa e não somente o veículo impresso¹⁸⁵.

A liberdade de informar e de ser informado são dois elementos fundamentais no processo de formação da opinião pública, isto traduz na existência de uma obrigação por parte dos meios de comunicação da ética das afirmações de fato e juízos de valor¹⁸⁶.

O direito de ser informado é uma manifestação constitucional expressa dos direitos do receptor no processo comunicativo servindo o mesmo de justificação para a existência de um serviço público de rádio e de televisão e de sua regulação¹⁸⁷.

O direito de se informar consiste em um direito subsumível ao componente individual à liberdade de informação, que surgiu inspirado na Lei Fundamental alemã como consequência de uma reação às diversas medidas proibitivas e repressivas adotadas pelo Terceiro Reich. Tem como objetivo a disponibilização do acesso à informação dos cidadãos àquelas fontes consideradas oficiais. Ele determina que a escolha das fontes de informação caiba a cada cidadão em particular e não ao poder político¹⁸⁸.

Contudo, estão excluídas as informações obtidas por meio da violação da privacidade, do domicílio, da propriedade, do acesso a documentos confidenciais, etc¹⁸⁹.

Toda liberdade pressupõe responsabilidade e limites. Assim, a liberdade de expressão dos meios de comunicação se traduz na prestação da informação verídica.

A liberdade de informação somente tem legitimidade quando ela é verídica, pois o falso não informa, mas restringir a legitimidade somente à conduta das informações certas prejudicaria o exercício do seu direito o que seria mais danoso que o dano prevenido, pois não se comunicaria nada pelo temor das consequências caso seja falsa. Assim, o dever de diligência do informador cuja observância permite afirmar a veracidade do informado não pode confundir-se com a verificação estrita e exaustiva nem com a transmissão de meros rumores, insinuações¹⁹⁰.

Como a verdade não é absoluta os meios de comunicação em massa podem ser inexatos, pois a interpretação do profissional traz necessariamente uma carga de subjetividade, além disso os próprios fatos nem sempre traduzem a realidade. Contudo,

¹⁸⁵VIEIRA, 2003, p. 32-33.

¹⁸⁶MACHADO, 2002, p. 474.

¹⁸⁷Ibid., p. 476.

¹⁸⁸Ibid., p. 478-479.

¹⁸⁹Ibid., p. 481.

¹⁹⁰VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 374-375.

notícia inexata ou errônea não se confunde com notícia falsa, publicada com o fim de enganar¹⁹¹.

Além da veracidade, a exposição dos fatos deve cerca-se da objetividade, ou seja, que não venham carregados de sensacionalismos que pode atingir o direito de informar. A objetividade é a regra mais difícil de ser aplicada, pois toda informação selecionada e produzida em frames é sempre um produto do juízo, por isso a realidade atual mostra que os meios de comunicação estão longe deste ideal, pelo contrário a linguagem que estimula o leitor ou ouvinte é justamente a sensacionalista, ou seja, aquela que busca chocar o público envolvendo-o emocionalmente¹⁹².

O critério liberdade de informação sustenta o objeto da veiculação e recepção dos fatos limitados pelos valores da veracidade, imparcialidade e objetividade, mas as opiniões e juízos de valor não se sujeitam a tais limites. Ademais, a liberdade de expressão restringe-se aos fatos considerados noticiáveis, isto é, cuja veiculação atenda ao interesse público¹⁹³.

Essa distinção feita entre fatos e juízos de valor foi feita pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Lingens v. Austria (application. n. 9815/82)*, trata-se de um caso no qual o jornalista criticou o Primeiro Ministro por suas ligações com políticos nazistas e de tolerância com o nazismo. A Corte entendeu que a crítica baseou-se em juízo de valor, por isso era impossível de ser provada sua veracidade e assim a condenação criminal do jornalista pelo Estado austríaco violava a liberdade de expressão prevista no art. 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁹⁴.

No mesmo sentido o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

Os políticos e outras figuras públicas quer pela sua exposição, quer pela discutibilidade das ideias que professam, quer ainda pelo controle a que devem ser sujeitos, seja pela comunicação social, seja pelo cidadão comum – quanto à comunicação social, o Tribunal vem reiterando mesmo a expressão “cão de guarda” – devem ser mais tolerantes a críticas do que os particulares, devendo ser, concomitantemente, admissível maior grau de intensidade destas (proc. n. 1272/04.7TBBCL.G1.S1).

Também nessa mesma linha entendeu o Supremo Tribunal Federal do Brasil que:

Não se pode desconhecer que a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o

¹⁹¹VIEIRA, 2003, p. 46.

¹⁹²Ibid., p. 48-51.

¹⁹³SCHREIBER, 2008, p. 93-94.

¹⁹⁴Ibid., p. 95.

direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as figuras públicas, independentemente de ostentarem qualquer grau de autoridade. É por tal razão que a crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da personalidade. É importante acentuar, bem por isso, que não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente animica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Com efeito, a exposição de fatos e a veiculação de conceitos, utilizadas como elementos materializadores da prática concreta do direito de crítica, descaracterizam o “animus injuriandi vel diffamandi”, legitimando, assim, em plenitude, o exercício dessa particular expressão da liberdade de imprensa (Informativo n. 669 - Reclamação - ADPF - Efeito vinculante - Imprensa digital - Responsabilidade civil (Transcrições)).

Assim, o limite à liberdade de expressão pode ser a honra quando as opiniões divulgadas pertencem à esfera privada.

A Constituição portuguesa no art. 37º, n. 2 faz valer o domínio da liberdade de expressão em face da censura, na verdade trata-se da censura prévia. Assim, também está prevista na Constituição brasileira no art. 5º, IX e art. 220, § 2º.

A proibição da censura tem em vista limitar a intervenção dos poderes públicos no livre mercado das ideias canalizando-as para os processos sancionatórios que eventualmente há lugar posteriormente à publicação dos conteúdos proibidos¹⁹⁵.

Apesar de que a Lei Fundamental afirmar que a liberdade de expressão não pode ser impedida ou limitada por qualquer forma de censura deve-se ter em conta determinadas restrições que pretendem acautelar diversos bens da comunidade e do Estado considerados dignos de proteção constitucional¹⁹⁶. Tanto, que no art. 37º, n. 3 a Constituição portuguesa veio afirmar a possibilidade de sanção penal e de mera ordenação social pelas infrações cometidas no exercício da liberdade de expressão. Já a Constituição brasileira no art. 5º, V e X prevê apenas a indenização pelo dano material ou moral decorrente do abuso da liberdade de expressão, contudo isto não afasta a responsabilidade criminal quando a

¹⁹⁵MACHADO, 2002, p. 488.

¹⁹⁶Ibid., p. 489.

indenização civil não for suficiente para suprir os danos causados (princípio da subsidiariedade do direito penal).

A censura prévia consiste na sujeição do controle preventivo da comunicação que se pretende realizar. A luta pela liberdade de expressão consistiu durante séculos no combate à censura prévia, a única considerada como censura propriamente dita¹⁹⁷.

Mas, mesmo os regimes mais democráticos têm dificuldades em escapar a todas as formas de controle prévio da comunicação com base na proteção de valores diversos como, por exemplo, os direitos da personalidade, a infância, segurança do Estado de modo que há uma concordância prática em abstrato de situações de restrição prévia à liberdade de expressão colocadas sob reserva de lei e na sua aplicação sob reserva do poder judicial se ficar demonstrado que este é o meio adequado, necessário e proporcional para salvaguardar as finalidades constitucionais legítimas, isto é, quando a colisão de direitos fundamentais está diante de situações de dano irreparável. A margem destas censuras prévias permanece a de caráter político administrativa, pois deslocaria a competência da restrição à liberdade de expressão não para situações de excepcionalidade, mas de natureza fiscalizatória, isto é, de modo ordinário¹⁹⁸.

3.2 A publicidade da mídia nos julgamentos criminais

Para avaliar as condutas dos meios de comunicação em relação ao processo penal devemos considerar que eles são titulares do direito de dar e receber informações, por isso de certa forma estão vinculados com o princípio da publicidade dos atos judiciais, visto que necessitam de uma fonte para produzir a notícia.

O princípio da publicidade em seu aspecto externo implica na assistência dos meios de comunicação para ter uma projeção geral passando de um direito apenas do processado para uma garantia de todos os cidadãos frente ao perigo que seria a arbitrariedade de uma justiça secreta. Assim, esta medida de acesso à informação judicial e sua divulgação tornaram-se por meio do princípio da publicidade um conteúdo próprio do direito a informação¹⁹⁹.

Mesmo nos Estados Unidos onde o julgamento público é explicitamente um direito do acusado (Sexta Emenda), o entendimento firmado pela Suprema Corte americana é no

¹⁹⁷MACHADO, 2002, p. 492.

¹⁹⁸Ibid., p. 497-501.

¹⁹⁹VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 234.

sentido de que o processo público se relaciona também com o direito da coletividade à informação²⁰⁰.

A justificação política da publicidade é a legitimação da função jurisdicional, pois diversamente dos demais poderes o Poder Judiciário não é eleito pelo povo, portanto há uma necessidade de que os juízes publiquem seus atos para serem acessíveis e encontrarem respaldo na opinião pública, assim a publicidade é mais do que uma característica intrínseca e necessária à realização dos atos jurisdicionais, pois tem como objetivo propiciar a sua manifestação e fiscalização dos administradores da justiça²⁰¹.

Frascaroli destaca cinco fundamentos políticos que confere legitimidade ao princípio da publicidade judicial: 1) Exigência republicana: O regime republicano exige que todos os funcionários públicos sejam responsáveis perante o povo soberano a quem representam de forma que a publicidade permite controlar aqueles que decidem o destino das pessoas governadas. 2) Legitimação da função jurisdicional: Como o juiz não é submetido ao voto popular sua legitimação ocorre por meio da exposição de todas as atividades jurisdicionais ao controle público por meio da máxima publicidade. 3) O povo como juiz dos juízes: A publicidade permite a sociedade julgar de modo eficaz e simultâneo com o juiz brindando assim a possibilidade de corrigir o arbítrio judicial. 4) Reafirma a fé na justiça: A publicidade consolida a confiança na administração da justiça, pois se pode tomar conhecimento da sentença e também das provas e argumentações das partes que lhe deram base. 5) Educa o povo e evita a sua apatia: A publicidade atribui um saudável efeito de criar uma consciência pública (FRASCAROLI, 2004, p. 31-39)²⁰².

Ao lado do fundamento da publicidade como garantia política temos o seu aspecto jurídico que é o direito do acusado a um processo público. Frascaroli destaca novamente cinco fundamentos jurídicos: 1) Mandamento constitucional: É uma das garantias básicas previstas implicitamente ou explicitamente nas constituições de diversos países. 2) Garantia para o acusado: Representa uma garantia contra a calúnia, ilegalidade ou parcialidade a tal ponto que o público neutraliza as possibilidades de arbitrariedades judiciais. 3) Benefício para a imparcialidade dos juízes: Assegura a sua probidade ao outorgar a sentença. 4) Facilita o descobrimento da verdade: A ideia central é que a publicidade sobre as partes que interveem no processo faz com que sintam o peso da

²⁰⁰SCHREIBER, 2008, p. 248.

²⁰¹VIEIRA, 2003, p. 87.

²⁰²FRASCAROLI, María Susana. **Justicia penal y médios de comunicación**: La influencia de la difusión masiva de los juicios criminales sobre los principios y garantías procesales. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 31-39.

responsabilidade induzindo-os a produzir a verdade. 5) Melhor qualidade para a acusação e defesa: O Ministério Público e os advogados sabem que realizam seu trabalho sob a mira atenta do público e assim a sociedade estimula o trabalho eficiente de todos que intervêm no processo²⁰³.

Assim, o interesse do acusado converge com o interesse social para a necessidade de publicidade dos atos processuais.

Contudo, o exercício deste direito não é ilimitado, pois admite exceções em certas situações que a lei prevê como secreta, mas também é certo que o legislador carece de absoluta discricionariedade, pois existe um emaranhado de pretensões (êxito da investigação, honra, intimidade, presunção de inocência, direito de defesa, imparcialidade, legitimação do Poder Judicial, liberdade de expressão e informação, publicidade processual)²⁰⁴.

Os limites à publicidade podem ser absoluta, subjetiva ou parcial. Absoluta: A restrição é total quando a proibição de acesso à sala de audiência se estende a todo o desenvolvimento do debate, sendo facultativo quando o juiz possui discricionariedade para decidir no caso concreto ou obrigatório quando imposto por lei. As razões podem ser relacionadas com a moral pública, segurança pública, interesse da justiça, interesse social, etc. A limitação subjetiva refere-se à proibição de entrar na sala de audiência de determinada pessoa fundamentada em impedimentos específicos pelo fato do processo referir-se a menores, condenados por determinados crimes, testemunhas ameaçadas, etc. Já a limitação parcial por atitudes ou comportamentos subjetivos: São limitações para evitar pré-julgamentos potenciais que pode ser em razão da necessidade de manter a ordem na sala de audiência ou quando o número de presentes excederem a capacidade física da sala²⁰⁵.

Deste modo podemos inferir que se por um lado a publicidade é coessencial no ordenamento democrático fundamentado na soberania popular. Por outro lado, esse controle social da administração da justiça ampla e irrestrita por meio da divulgação midiática não pode ficar à margem de incidir prejudicialmente sobre o comportamento do juiz, das partes, dos terceiros que participam no processo (testemunha, perito, advogados). A simples presença de jornalistas altera o equilíbrio emotivo dos participantes do processo,

²⁰³FRASCAROLI, 2004, p. 31-39.

²⁰⁴VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 235.

²⁰⁵FRASCAROLI, 2004, p. 102-118.

pois percebem que estão submetidos a uma observação universal, incontrolável com efeitos para o futuro e também uma dilatada exposição do corpo e da alma²⁰⁶.

Há duas formas de publicidade: A publicidade imediata que é a forma mais simples e tradicional fruição da atividade de audiência, ou seja, permite que qualquer do povo presencie diretamente o cumprimento dos atos processuais. E ao lado dela, encontra-se a publicidade mediata que consiste no conhecimento da atividade exercida pelo Poder Judiciário pelos meios de comunicação²⁰⁷.

Os meios de comunicação em massa por um lado possibilitam uma maior fiscalização pela opinião pública, por outro lado os excessos cometidos por ela pode levar a uma justiça que fere direitos e garantias dos que nela estão envolvidos daí a necessidade de limites a essa manifestação pública do processo. Os atos processuais devem repercutir para além da esfera dos tribunais para que se realize a função controladora da administração da justiça, logo o instrumento para obter informações para a população em geral são os meios de comunicação. Por meio da informação acerca dos delitos o público poderá opinar sobre o desvalor da conduta e controlar a reação do poder estatal, por isso a mídia contribui na prevenção geral da criminalidade. Os meios de comunicação social se põem entre o processo e o público pela visão do jornalista, por isso além de informar eles dão novas significações aos atos procedimentais, assim quando o jornalista informa sem o mínimo de preparo técnico-jurídico não explica o ato, faz de forma incompleta ou errônea e com isso a justiça perde legitimidade porque se torna desacreditada²⁰⁸.

Nesta linha de publicidade opressiva ao invés de garantista entendeu a Corte Europeia dos Direitos dos Direitos Humanos no caso *Worm v. Áustria (application n. 22714/93)* pela legitimidade da responsabilização da atividade jornalística. O jornalista Alfred Worm foi condenado em seu país sob a acusação de ter exercido influência proibida sobre procedimentos criminais ao pagamento de multa que não quitadas seriam convertidas em 20 dias de prisão e a Corte ratificou o entendimento do tribunal austríaco ao considerar que a decisão tinha fundamentos razoáveis uma vez que visava proteger a imparcialidade do julgamento e que o caráter panfletário dos textos jornalísticos produzidos por Worm possuía a potencialidade de dano ao julgamento justo, por isso a restrição à liberdade de expressão estaria justificada²⁰⁹.

²⁰⁶SOUZA, 2010, p. 188.

²⁰⁷Ibid., p. 193.

²⁰⁸Ibid., p. 103-108.

²⁰⁹Ibid., p. 202.

Assim, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entendeu que o jornalista ao criticar duramente o antigo primeiro ministro durante o julgamento de fraude fiscal excedia os limites da liberdade de expressão ao tentar influir no julgamento de Androsch. A Corte ponderou entre o interesse público em reportar livremente os procedimentos judiciais, que diferentemente da Suprema Corte dos Estados Unidos a Corte Europeia não exigiu a demonstração de que o artigo jornalístico teria efetivamente influenciado o julgamento, assim podemos concluir que basta a potencialidade do dano ao julgamento justo quando o caso ainda está sob julgamento e paralelamente a ele ocorre o julgamento midiático. Isto porque a eventual prova de que o veredicto condenatório ocorreu justamente pela mídia é praticamente impossível, logo o mero desrespeito às garantias fundamentais (presunção de inocência, imparcialidade do juiz) já enseja o questionamento se a sentença condenatória proferida em um ambiente de pressão midiática é justa e válida. O problema está em fixar o marco divisório entre o discurso legítimo dos meios de comunicação e o julgamento midiático²¹⁰.

A seguir vamos expor de forma geral argumentos contrários e a favor da atuação da imprensa na publicidade dos julgamentos penais, segundo Frascaroli.

Argumentos restritivos: 1) O direito à informação não é absoluto, tampouco a liberdade de expressão, pois podem afetar os direitos da personalidade. 2) O conceito interesse público que muitas vezes é invocado para acessar a informação judicial possui um conceito difuso, pois carece de uma definição única e a lei pouco se preocupa em defini-lo. 3) Não se trata de questionar o papel dos meios de comunicação, mas o que se discute é sobre os perigos que essa função social da mídia pode causar caso se desvirtue. 4) A publicidade é uma forma de controle, mas não um meio de instaurar um julgamento midiático influenciando sobre o tribunal e o processo²¹¹.

Argumentos permissivos: 1) O direito de comunicar e receber informação veraz como requisito essencial a uma sociedade democrática é um direito não dos jornalistas, mas dos cidadãos. 2) A relação processo-opinião pública é da natureza da imprensa, pois através dela o direito à informação é potenciado, por isso cercear a liberdade informativa dos meios de comunicação é lesionar os direitos e liberdades reconhecidos pela Constituição e Tratados Internacionais sobre direitos humanos. 3) Em um momento em que as suspeitas contra a administração da justiça vem convertendo-se em evidências, então o jornalista não deve se transformar em cúmplice de uma justiça que fica a margem

²¹⁰SCHREIBER, 2008, p. 349-353.

²¹¹FRASCAROLI, 2004, p. 75-76.

da crítica social. 4) Por isso, o direito à informação somente deve ser limitado quando se contrapõem as liberdades individuais ocasionando a estas um dano arbitrário, manifesto, grave e sério não sendo suficiente o dano potencial ou a presunção de dano²¹².

As normas constitucionais em regra autorizam a edição de leis que restrinjam a publicidade dos atos judiciais, desde que os valores constitucionais em jogo justifiquem tal restrição. Na Constituição brasileira a publicidade está prevista no art. 5º, LX e art. 93, IX, dispondo que a restrição somente é justificada para preservação da intimidade e do interesse social.

A proteção dos direitos da personalidade tem relevante interesse na medida em que a mídia invade a intimidade das pessoas, entre os bens do direito da personalidade estão aqueles próprio da pessoa ou as suas projeções para o mundo externo de modo que são considerados direitos da personalidade: a honra, a intimidade e a imagem são fundamentais para garantir a dignidade humana. A dignidade pode ser considerada como o valor espiritual e moral inerente ao ser humano²¹³.

A vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos que caísse no domínio público e a intimidade restringe-se ao núcleo familiar é um sentimento que existe no interior de cada pessoa para ser possível amar, pensar, rir, chorar, etc., sem qualquer interferência alheia. Portanto, a intimidade está contida no conceito de privacidade em um círculo concêntrico menor²¹⁴.

Enquanto o legislador determina as hipóteses de interesse público o juiz interpreta seu sentido de modo a completar o alcance da norma, por conseguinte mesmo os atos processuais que em princípio não são considerados sigilosos podem ser cobertos pelo segredo de justiça sempre que o ato judicial possa humilhar a parte ou envolvê-la em uma relação prejudicial à sociedade, Estado ou terceiro²¹⁵.

A Constituição portuguesa também prevê o princípio da publicidade dos atos judiciais (art. 20º n. 2) e remete ao legislador infraconstitucional as hipóteses na qual caberá o segredo judicial (art. 20ºn. 3).

O núcleo essencial do segredo de justiça é a proteção dos interesses de investigação e honra dos participantes, mas a tutela destes interesses tem de ser feita em função das circunstâncias concretas do caso. Por outra parte, a efetiva operacionalidade do direito de

²¹²FRASCAROLI, 2004, p. 77-78.

²¹³VIEIRA, 2003, p. 139-141.

²¹⁴Ibid., p. 145-146.

²¹⁵Ibid., p. 138. Pensamos que o conceito interesse social no caso do art. 5º, LX pode ser entendido como interesse público.

defesa (art. 32º, n. 1 e 7 da Constituição portuguesa) exige que o arguido contribua para a definição do direito carreando para os autos material probatório, o que pressupõe conhecimento dos autos, ou seja, a publicidade não pode ser restrita para as partes (SILVA, 2008, p. 259-260)²¹⁶.

Recentemente na Espanha tem começado a especular sobre a possibilidade, a exemplo dos Estados Unidos, de retransmitir integralmente a audiência por televisão ao vivo (em direto) ou de forma procrastinada. Seja pontualmente ou de forma continuada o certo é que não parece que há algum impedimento de índole constitucional para impedir a presença das câmeras de televisão, por outro lado não se constitui elemento essencial da publicidade, posto que esta se possa garantir por outros meios²¹⁷.

Frascaroli apresenta argumentos favoráveis e contrários à presença da televisão nas salas de audiência.

Argumentos contrários à presença da televisão nos julgamentos: 1) Evita transformar o julgamento em um espetáculo, pois uma coisa é a publicidade do processo outra coisa é sua ressonância como show que degenera o processo penal; 2) a televisão tem mais a ver com a emoção do que a razão, pois impera a manipulação da voz e imagem apelando sempre para emotividade da opinião pública; 3) os temas que despertam o interesse da televisão são sempre mórbidos, porque facilita o sensacionalismo e atrai uma imensa quantidade de público; 4) se desnaturaliza o contraditório, pois a igualdade das partes se rompe perante a tendência natural dos meios de comunicação em criar vilões e heróis; 5) afeta a conduta daqueles que interveem no processo, pois o sensacionalismo atenta contra a imparcialidade dos magistrados e viola o direito a intimidade dos demais sujeitos do processo²¹⁸.

Argumentos a favor da televisão: 1) A justiça penal é em si mesma um espetáculo, pois todo o processo penal constitui em uma redefinição de significados de acordo com as regras jurídicas de modo que não é só a televisão que celebra certos rituais; 2) a televisão não tem interesse pelo mórbido, mas por aquilo que desperta as expectativas coletivas e que se ocupa de algo real; 3) todos os casos que tem ressonância na opinião pública são necessários à mídia para que o indivíduo possa se defender não somente perante o juiz,

²¹⁶SILVA, Germano Marques da. A publicidade do processo penal e o segredo de justiça. Um novo paradigma? **Revista portuguesa de ciência criminal**, Coimbra, ano 18, n. 2/3, p. 257-276, abr./set. 2008, p. 259-261.

²¹⁷VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 246. No Brasil em regra nem se discute tal possibilidade, há uma tradição de não permitir a presença da televisão nas salas de audiência visando manter a ordem pública, conforme o art. 792, § 1º do código de processo penal brasileiro.

²¹⁸FRASCAROLI, 2004, p. 130-135.

mas também frente à opinião pública; 4) favorece a sociedade ao controlar o Poder Judiciário, por isso cumpre uma função social importante ao potenciar o princípio da publicidade dos atos processuais e ademais com ou sem televisão haverá uma sentença, por isso é razoável a publicidade de modo que a televisão ajuda na sua transparência; 5) a televisão aborda um debate pedagógico, porque expõe a prática judiciária o que facilita um maior controle popular. É melhor que a televisão produza juízos de valor do que as testemunhas procurarem a televisão, ou seja, o juízo de valor dos comentaristas impede uma segunda versão das testemunhas perante as câmeras; 6) não existe inconveniente para o restante dos sujeitos do processo, pois tanto os familiares das vítimas quanto o próprio imputado se sentem mais seguros com a presença das câmeras de televisão nos recintos de julgamento para afugentar o fantasma da parcialidade e a negativa da televisão aos debates decorre muitas vezes de pudor, insegurança, timidez, temor ao ridículo por parte do magistrado; 7) as câmeras estão fixas, os jornalistas não falam dentro da sala de audiência de modo que não é obstáculo a realização do debate²¹⁹.

Contudo não somos tão otimistas acerca da publicidade televisiva nos julgamentos criminais, porque o processo penal e a televisão seguem diferentes regras de forma que a lei processual deve regulamentar a publicidade para que não se torne abusiva, pois a simples presença da mídia é capaz de alterar o estado anímico daqueles que interveem no processo.

O que se tem visto principalmente pela experiência dos Estados Unidos é que a presença dos meios de comunicação social nas salas de audiência acarreta certos riscos para a devida condução do processo e sobre os direitos do acusado se não forem adotadas certas cautelas. Desde logo, amplifica as lesões à honra e a intimidade do acusado ao divulgar massivamente sua imagem e o crime pelo qual é imputado, por outro lado à presença da tecnologia necessária a apresentação da imagem e som contribui para uma adicional dificuldade acerca do exame das provas, pois altera a percepção e atenção dos integrantes do processo, por último favorece a apresentação tendenciosa da informação ao permitir a manipulação das imagens²²⁰.

Na realidade a influência midiática não começa a partir da audiência, mas em geral desde o momento em que começa a fase de investigação anterior ao processo e que a apresentação da denúncia (acusação), queixa, ou a abertura de diligências complementares transcenda as finalidades do princípio da publicidade ao ser objeto de atenção da mídia. E,

²¹⁹FRASCAROLI, 2004, p. 141-150.

²²⁰VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 248.

se não houver adquirido a condição formal de imputado, qualquer imputação jornalística se converte em acusação sem a oportunidade de defender-se publicamente frente a elas²²¹.

A publicação de informações presumidamente prejudiciais para o acusado pelos meios de comunicação não tem sido favoravelmente acolhidas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha como uma circunstância que permite temer racionalmente a falta de garantia do acusado a um julgamento justo²²².

Contudo, é oportuno ressaltar que a causa mais comum de impugnação dos candidatos a jurado nos Estados Unidos se vincula ao reconhecimento por parte deste em interrogatório prévio a sua seleção da tomada de partido pela culpabilidade ou inocência em função do que foi visto, ouvido ou lido nos meios de comunicação. A publicidade prejudicial pode provocar inclusive a anulação do julgamento quando o juiz que preside não adotar as medidas necessárias que alcance a garantia de um julgamento justo²²³.

A jurisprudência do Tribunal Europeu acerca das informações e críticas dirigidas em modo de ataque direto e pessoal aos membros do Poder Judiciário é menos permissiva com a liberdade de expressão que o ataque dirigido aos políticos, incluindo funcionários ou personagens públicos ainda mais quando afeta também assuntos de interesse público²²⁴.

O Tribunal Europeu enfatiza três elementos: os juízes não se expõem voluntariamente e inevitavelmente ao escrutínio público, por isso merecem maior proteção; por sua posição institucional têm menos armas para a defesa de sua reputação, porque estão obrigados a manter-se a margem dos debates públicos e por último concorre adicionalmente a um interesse público em preservar a confiança dos cidadãos na integridade do Poder Judiciário para que este possa desenvolver com as devidas garantias da sua função que é essencial para a sociedade democrática²²⁵.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que mesmo depois de finalizado o processo o exercício da liberdade de expressão pelos meios de comunicação pode afetar a confiança do público sobre a administração da justiça referendando inclusive a aplicação de sanções, trata-se do caso *Barfod v. Dinamarca (application n. 11.508/85)*. Bjorn Barfod publicou um artigo criticando o resultado de um julgamento na Groelândia que considerou legítima a cobrança de um determinado tributo. Barfod sustentou que os juízes leigos que compunham o órgão julgador não poderiam ser selecionados para atuar

²²¹VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 251.

²²²Ibid., p. 256. Situação pior é o caso dos tribunais brasileiros que nem discutem a questão quando o caso é de competência do juiz singular ou órgão colegiado, ficando restrito ao Tribunal do Júri.

²²³Ibid., p. 257.

²²⁴Ibid., p. 266.

²²⁵Ibid., 267.

naquele julgamento, pois eram empregados do governo local, isto resultou na sua condenação criminal por difamação pelo Poder Judiciário local. A Corte Europeia entendeu que era possível questionar a composição do julgamento sem atacar os juízes pessoalmente e também que não existiam provas de que os juízes leigos agiram com parcialidade de modo que a crítica dirigida aos juízes continham acusações difamatórias aptas a diminuir o prestígio dos juízes perante o público²²⁶.

É discutível se algumas declarações isoladas podem por em perigo as garantias da imparcialidade, mas não cabe supor o mesmo de uma campanha midiática para provocar desconfiança sobre o resultado do julgamento.

De qualquer modo, a atuação da mídia antes, durante e após a fase de instrução e julgamento no entender da Corte Europeia deve ser analisada caso a caso para verificar se afeta ou não as garantias do acusado. A seguir destacaremos os principais princípios afetados pelo julgamento midiático.

²²⁶SCHREIBER, 2008, p. 329-333.

4. PRINCÍPIOS SENSÍVEIS À INFLUÊNCIA MIDIÁTICA

4.1 Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência resulta do reconhecimento de que a verdade processual afasta-se muitas vezes da verdade histórica, porque em muitas situações esta se mostra inatingível (BOLINA, 1994, p. 434-435)²²⁷.

Portanto, ela é antes de tudo um valor ideológico que é a garantia dos interesses do acusado no processo penal, trata-se de uma presunção política. Assim, somente com a certeza da culpa o réu pode ser condenado²²⁸.

O princípio da presunção de inocência na Constituição brasileira está prevista no art. 5º, LVII dispondo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, assim cabe ressaltar que não está dito expressamente a presunção de inocência, mas a desconsideração da culpabilidade.

Por isso, por um lado podemos entender que é impróprio usar o termo presunção de inocência, porque pelo critério da não culpabilidade os indícios colhidos contra o acusado tem a finalidade de comprovar a pretensão punitiva do Estado no caso concreto. Por outro lado, se considerarmos que a finalidade do processo é a proteção dos inocentes frente à atuação punitiva estatal, então as expressões serão sinônimas. Os tribunais brasileiros para não restringir o campo de aplicação do princípio da presunção de inocência não estabelecem diferenças utilizando-os como sinônimos²²⁹.

Na Constituição portuguesa o princípio da presunção de inocência encontra-se consagrado expressamente no art. 32º, n. 2 dispondo que o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

A Constituição portuguesa partiu da ideia de que a presunção de inocência incide não sobre o cidadão, mas sobre o arguido, por se tratar de uma questão de técnica jurídica

²²⁷BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência: art. 32., n. 2, da CRP. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 70, p.433-461, 1994, p. 434-435.

²²⁸VIEIRA, 2003, p. 171.

²²⁹SCHREIBER, 2008, p. 188-190.

o que na realidade poderia ser entendido como o princípio da não culpabilidade para garantir o respeito pela dignidade humana em sede de perseguição criminal.

A celeridade processual surge como corolário da presunção de inocência na Constituição portuguesa como necessária, pois o legislador constituinte entendeu acertadamente que a duração excessiva do processo faz recair sobre o acusado uma suspeita social de culpabilidade²³⁰.

Ademais, no código de processo penal português a questão esta explicitada nos arts. 163º e 169º que se traduz na consagração normativa das regras de experiência, que em caso de dúvida é resolvida em favor do arguido quando o juiz divergir do parecer dos peritos ou for posto em causa o valor probatório dos documentos autênticos e autenticados. A dúvida aqui se traduz em um dever especial de fundamentação e não em presunção legal²³¹.

A presunção de inocência possui três finalidades no processo penal. Primeiro, aponta que a descoberta da verdade não pode ser obtida a todo custo devendo o Estado respeitar os direitos fundamentais. Em segundo lugar, exige-se que a decisão final seja formalmente válida para que seja um espelho da justiça. E, por último, quando o processo penal busca o restabelecimento da paz jurídica colocada em crise pelo crime manifesta uma preocupação de não apenas condenar os culpados, mas também de absolver os inocentes (VILELA, 2000, p. 24-25)²³².

Em processo penal sendo insegura a matéria provada o erro judiciário pode revestir-se de duas formas: ou a condenação de um inocente ou a absolvição de um culpado. Para resolver este dilema o princípio da presunção de inocência surge inicialmente como o princípio do *in dubio pro reo* optando por correr o risco de absolver um culpado, pois prevalece o respeito pela dignidade humana sobre os interesses da persecução penal, trata-se também do valor supremo que a liberdade e a honra assumem para o ser humano de tal forma que não poderão ser-lhe retirados enquanto persistir a dúvida²³³.

O princípio *in dubio pro reo* não tem reflexo na interpretação das normas penais, mas ao nível da apreciação da matéria de fato quer sejam sobre o preenchimento do tipo de crime, quer sejam sobre a causa de exclusão da ilicitude ou da culpa. Há autores que

²³⁰BOLINA, 1994, p. 453.

²³¹Ibid., p. 451.

²³²VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 24-25.

²³³BOLINA, 1994, p. 435.

identificam o princípio da presunção de inocência exclusivamente com o princípio do *in dubio pro reo*²³⁴.

Por outro lado, podemos considerar que o princípio da presunção de inocência engloba-o, pois tem reflexos na distribuição do ônus da prova e também com consequências extraprocessuais.

Segundo Valldecabres, não existe identidade entre presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*, porque primeiro este desenvolve sua eficácia em caso de falta de atividade probatória e em segundo pertence ao momento de valoração da prova, embora essa valoração projeta a presunção de inocência²³⁵.

A preocupação de garantir que a dignidade humana não seja irremediavelmente sacrificada aos fins da perseguição penal leva a extensão do alcance penal para além do critério de decisão em caso de dúvida para todo o tratamento dado ao arguido ao longo do processo. Se no final do processo o arguido tivesse sido sujeito à exposição de sua imagem como culpado representaria uma grave lesão aos seus interesses. Por outro lado, mesmo que venha a ser considerado culpado o momento de aplicação da pena é o momento posterior à prolação da sentença. Assim, seu alcance varia na ponderação do direito à informação e interesse a perseguição criminal²³⁶.

A imputação tem diferentes graduações, por isso é correto chamar de presunção de inocência imprópria quando ela atua para proteger o direito à honra durante a investigação policial, pois nesta fase a imputação ao arguido é mais duvidosa que na fase de debate. As autoridades devem ter prudência na hora de fazer declarações públicas sobre as pessoas que são objetos de investigação judicial a fim de evitar que estas declarações sejam mal interpretadas pelo público pondo em xeque a presunção de inocência do acusado antes de ter sido julgado²³⁷.

A presunção de inocência no âmbito da prova implica em igualdade de armas pela proibição da prova ilícita, isto é, em síntese a prova para ter valor deve ser produzida em conformidade com a lei. Já com relação à eficácia da presunção de inocência da pessoa submetida a inquérito ou ao processo criminal devem ser evitadas situações que propiciem a antecipação de um juízo ou culpabilidade.

Embora, o juiz possa ser livre na apreciação da prova, ela não pode ser de natureza arbitrária devendo ser racionalmente motivada na sentença. Assim, a livre apreciação da

²³⁴BOLINA, 1994, p. 439-440.

²³⁵VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 657.

²³⁶BOLINA, 1994, p. 436.

²³⁷VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 659-660.

prova é uma garantia do princípio da presunção de inocência na medida em que está vinculada a critérios lógicos passíveis de controle²³⁸.

A presunção de inocência possui duplo significado dentro do processo penal: enquanto regra de tratamento ao arguido obriga todos os intervenientes do processo a reduzir ao mínimo as medidas restritivas de direito; e como regra de juízo considera que a acusação está obrigada de carrear ao processo toda a prova para a sua plena acusação. A ligação entre essas duas acepções considera o acusado como inocente até que seja provada a sua culpabilidade²³⁹.

O princípio da presunção de inocência opera-se em dois planos: a) Com relação ao processo funciona como regra de regime de prova movendo sua carga para quem exerce a pretensão acusatória e fixando a característica de determinadas provas que funda a convicção judicial acerca da culpabilidade do acusado, mas também se ergue como regra de tratamento processual que proíbe a utilização de medidas cautelares como antecipação da pena, logo, por exemplo, o direito ao silêncio não pode ser interpretado em seu desfavor e também o direito de não produzir provas contra si mesmo, trata-se da presunção de inocência em sentido próprio. b) Em situações extraprocessuais constitui o direito de não ser tratado como o autor ou partícipe do delito, trata-se da presunção de inocência em sentido impróprio²⁴⁰.

Desta maneira é que se se pode deduzir racionalmente a culpabilidade do imputado. Este standard probatório constitucional como regra do juízo fixa a necessidade de não sofrer uma condenação a menos que a culpabilidade tenha ficado estabelecida em virtude das provas apontadas pela acusação obtidas com todas as garantias capazes de produzir o convencimento do tribunal para além de toda dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).

Trata-se da aplicação mais comumente utilizada da presunção de inocência o que significa por um lado que o ônus de provar a veracidade dos fatos que lhe são imputados é da parte autora, por outro lado caso permaneça no íntimo do juiz alguma dúvida após a apreciação das provas deve a lide ser decidida a favor do réu. Provados os fatos pela acusação cabe à defesa provar eventuais causa de justificação e culpabilidade²⁴¹.

²³⁸BOLINA, 1994, p. 448-449.

²³⁹VILELA, 2000, p. 58-59.

²⁴⁰VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 656.

²⁴¹SCHREIBER, 2008, p. 191.

Contudo, a mera alegação de que o réu agiu sob uma excludente de antijuridicidade não o exime de produzir provas de sua alegação, pois não é uma presunção absoluta, porque caso fosse inviabilizaria a acusação criminal.

A doutrina e a jurisprudência portuguesa ao contrário da brasileira tem densificado o princípio da presunção de inocência ao adotar o critério anglo-saxônico da *beyond a reasonable doubt* no qual o juízo de certeza para a sentença condenatória deve ser além da dúvida razoável, explicado na jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa no acórdão n. 679/06.0GDTVD.L1:

(...) tratar-se-á em todo o caso de uma verdade *aproximativa ou probabilística*, como acontece com a toda a verdade empírica, submetida a limitações inerentes ao conhecimento humano e adicionalmente condicionada por limites temporais, legais e constitucionais, traduzindo-se num tão alto grau de probabilidade que faça desaparecer toda a dúvida e imponha uma convicção. A doutrina tem acolhido e densificado o critério prático de origem anglo-saxónica, decorrente do princípio constitucionalmente consagrado da presunção de inocência e com base no qual o convencimento do tribunal quanto à verdade dos factos se há-de situar *para além de toda a dúvida razoável*. Embora se reconheça a dificuldade, senão impossibilidade, na definição dos parâmetros objectivos em que deve assentar este *standard* probatório, entende-se que a *dúvida razoável* poderá consistir na dúvida que seja “compreensível para uma pessoa racional e sensata”, e não “absurda” nem apenas meramente “concebível” ou “conjectural”. Nesta perspectiva, o convencimento pelo tribunal de que determinados factos estão provados só se poderá alcançar quando a ponderação conjunta dos elementos probatórios disponíveis permitirem excluir qualquer outra explicação lógica e plausível. Ou, dito de outro modo, quem acusa não cumprirá o seu “ónus” quando aqueles mesmos elementos de prova recolhidos no processo permitirem uma construção alternativa assente em raciocínios razoáveis.

Porém, como já vimos o princípio da presunção de inocência não é exclusivo do campo probatório, pois a norma constitucional impõe que seja dispensado tanto ao investigado quanto ao réu tratamento compatível com o estado de inocência, mas a condição de investigado e de réu já traz por si um constrangimento de forma que se houverem várias formas de conduzir a investigação deve-se adotar a que traga menor constrangimento ao imputado²⁴².

Ademais, como as normas fundamentais vinculam a todos os cidadãos, por isso os poderes públicos tem o dever de proteção e os agentes privados devem respeitar. É até razoável o pronunciamento mais emocionado dos familiares da vítima, mas não se pode tolerar esta conduta quando ela se protraí no tempo vindo a se tornar meio de exposição à mídia. Se o direito à informação não deve sofrer intervenções da presunção de

²⁴²Ibid., p. 193.

inocência para impedir a notícia de um fato, por outro lado ela não pode ser afastada de modo peremptório pela forma de tratamento que é dado ao imputado pelos meios de comunicação, pois constitui mais um abuso no exercício do direito à informação do que propriamente a violação da presunção de inocência (MORAES, 2010, p. 482)²⁴³.

A relação entre presunção de inocência e mídia implica em analisar a exposição abusiva do imputado e os efeitos que a mídia projeta na persecução penal, notadamente na decisão judicial. Assim, por um lado a presunção de inocência atua como norma de tratamento, por outro lado trata a presunção de inocência atua também em sentido impróprio.

Como norma de tratamento é dever não expor o imputado à situação de culpado de todos os agentes persecutórios. Já os meios de comunicação se relacionam extraprocessualmente de modo que devem evitar a divulgação de imagens, fotografias ou expressões enquanto não houver uma acusação formal.

Em geral os meios de comunicação não distinguem entre suspeito e condenado pela maneira como divulga o fato criminoso levando à abolição do princípio da presunção de inocência, contudo tal princípio somente deve ser destruído dentro do processo.

Muitas vezes a mídia e os participantes da persecução penal se “associam” para vulnerar a imagem do imputado na busca de autopromoção indevida ou vantagem econômica. Por isso, deve haver uma responsabilização penal e civil de ambas as partes, pois não se pode tolerar que investigações policiais “sigilosas” sejam conhecidas primeiramente pelos meios de comunicação do que pelas partes processuais e até mesmo o juiz da causa²⁴⁴.

Os “especialistas” consultados sempre trabalham apenas com a versão da culpa, as imagens e versões formam progressivamente convicções debatidas nos meios de comunicação em massa para que a presunção de inocência não seja mais admissível no Poder judiciário na medida em que a verdade processual perde espaço para a construção da realidade social do crime pela mídia²⁴⁵.

Esta influência midiática ganha maior importância quando se trata de juízes leigos, porque não possuem o preparo técnico para neutralizar as pressões externas e, além disso, não fundamentam suas decisões o que dificulta o controle de sua racionalidade jurídica.

²⁴³MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 482.

²⁴⁴Ibid., p. 513.

²⁴⁵Ibid., p. 514.

Enquanto não existir uma regulamentação no Brasil apta a permitir a convivência dos meios de comunicação com o processo penal o julgador deve zelar pela presunção de inocência tanto como norma de tratamento quanto como norma de juízo²⁴⁶.

Os tribunais e juízes são os únicos que por mandato constitucional podem afirmar a culpabilidade de um sujeito, por isso encontram-se rodeados de garantias penais do acusado. Logo, o juízo midiático além de perigoso é ilegítimo. A estrutura narrativa dos meios de comunicação deveria ser de acordo com esta presunção de modo a recordar sempre que o sujeito está sendo processado ou investigado. Também é relevante evitar a confusão entre prisão preventiva e a pena ao divulgar a notícia para não considerá-la aquela como pena antecipada, assim em caso de prisão de natureza cautelar é importante recordar para o público que o caso está pendente de julgamento (GUARDIOLA LAGO, 2012, p. 79)²⁴⁷.

Deste modo, o direito a presunção de inocência não é somente uma garantia processual, porque não significa apenas que o sujeito não pode ser condenado se não existirem provas suficientes visto que alcança também uma dimensão sociológica ou extraprocessual que consiste no direito de ser tratado como inocente até a existência de uma sentença condenatória. Assim, se trata de que a opinião pública não perceba um cidadão como culpável antes da sentença condenatória. Esta dimensão extraprocessual também esta presente no direito à dignidade e à honra de tal modo que a sua proteção será a mesma exigida para estes dois. O tratamento midiático imputado ao acusado como culpado vulnera assim o princípio da presunção de inocência em sentido impróprio²⁴⁸.

A vertente extraprocessual da presunção de inocência, não constitui um direito autônomo, porque protege o direito à honra de maneira que a tutela jurisdicional ordinária ou o recurso de amparo no direito espanhol tende a restabelecer ou preservar a vigência do direito à honra. Com efeito, a tutela da presunção de inocência remete a este aspecto: não ser tratado como culpado frente a imputações não provadas²⁴⁹.

A honra é a atribuição de qualidades morais ao indivíduo por parte da comunidade (aspecto externo) e de sua própria estima (aspecto interno). Seu significado é relativo e

²⁴⁶MORAES, 2010, p. 515.

²⁴⁷GUARDIOLA LAGO, Maria Jesús. Prensa y garantías penales: consideraciones a partir del análisis mediático de un delito violento. **Revista Penal**, Valencia, n. 30, p.60-83, jul. 2012, p. 79.

²⁴⁸GUARDIOLA LAGO, 2012, p. 78.

²⁴⁹VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 658. Seguindo essa mesma linha pensamos ser possível no direito brasileiro em caso de julgamento midiático propor no plano do processo civil a ação de obrigação de não-fazer com pedido liminar ou a tutela antecipada a depender do caso concreto (art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro).

varia de acordo com a época, lugar ou comunidade, assim a ofensa à honra vai depender de inúmeras condições²⁵⁰.

Logo, a presunção de inocência imprópria alcança as imputações informais de culpabilidade realizadas pelos meios de comunicação produzidos com violação do sigilo das investigações ou por fontes de informações não oficiais obtidos por sua própria investigação. Além disso, a presunção de inocência em sentido impróprio tutela a honra, por isso pode projetar-se sobre os demais intervenientes do processo inclusive o juiz, pois a mediação de um processo o expõe ao risco de ver vulnerado seu direito à honra²⁵¹.

A difusão de notícias que atentam contra a honra pode alcançar relevância jurídica, sendo que sua valoração vai depender da subsunção dos tipos penais com a veracidade da informação ou o critério de relevância pública na medida em que o código penal dos países contempla a exceção da verdade, por exemplo, o código penal brasileiro no caso de difamação admite-se exceção da verdade quando o ofendido for funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Quando os meios de comunicação apenas reproduzem imputações desonrosas, porque outras pessoas da imprensa já o fizeram, temos que concluir que ocorre uma dissolução de toda responsabilidade, pois não se pode atribuir uma conduta dolosa. Talvez na esfera civil não precise operar com um critério tão estrito visto que em regra na esfera civil a conduta culposa é a regra. Em todo caso este exemplo põe em manifesto a dificuldade de encontrar mecanismos reparadores da honra quando a campanha midiática já produziu toda a gama de informação desonrosa²⁵².

No Brasil podemos citar o caso Nicolau dos Santos Neto como exemplo de violação da presunção de inocência em seu sentido impróprio e como norma de tratamento, pois verificamos neste caso que a gravidade do crime e a repercussão na imprensa culminou na decisão de prisão preventiva influenciada pela mídia que deu ressonância na opinião pública.

Trata-se do ex-presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região acusado e condenado em vários crimes pela conduta, entre outras, de ter apropriado da vultosa quantia de 169 milhões de reais da União destinada à construção do foro da Justiça do Trabalho em São Paulo. Sua prisão preventiva foi decretada pelo juiz com base na garantia da ordem pública sob o argumento de que tal medida cautelar era necessária, pois estava

²⁵⁰VIEIRA, 2003, p. 149-150.

²⁵¹VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 661.

²⁵²Ibid., p. 664.

em jogo a necessidade de restaurar a credibilidade e respeitabilidade das instituições públicas. A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio do *Habeas Corpus* n. 80717 e recebeu severas críticas do relator quando as instâncias inferiores utilizaram o termo “ordem pública” na prisão preventiva para aplacar o alarme social muito próximo à ideia de justiça sumária o que afronta o princípio da presunção de inocência, entre os argumentos usados para decretar a prisão preventiva destaca-se a posição do Ministro Costa Leite na época o Presidente do Superior Tribunal de Justiça totalmente influenciável à publicidade opressiva dos meios de comunicação e conseqüentemente violadora da presunção de inocência:

O desvio da vultuosa quantia dos cofres públicos, causa repercussão negativa na opinião pública, até mesmo em função da publicidade opressiva envolvente do caso e invoca a garantia da ordem pública, aliada à magnitude da lesão, a justificar o decreto de prisão preventiva, com fundamento no art. 30 da Lei 7.492, de 1986, c/c o art. 312 do CPP.

No voto o relator também discordou do abuso do termo “magnitude da lesão”, que consta no art. 30 da Lei 7.492, quando é utilizado como único elemento motivador da prisão preventiva.

Se pode salvar o preceito legal, a “interpretação conforme” não salva, porém, o decreto da prisão preventiva, onde a “magnitude da lesão causada”, segundo a estimativa corrente é a única motivação que resta, uma vez afastada, como já se fez, a alusão, de nítido colorido punitivo, a ordem pública, em nome da “credibilidade das instituições públicas”.

O voto de relator, entretanto não prevaleceu, pois a maioria dos ministros entendeu legítima a argumentação de que o elevado vulto da lesão aos cofres públicos e a hierarquia do envolvido justificaria a prisão preventiva.

As prisões cautelares hão de ter como critério de orientação e limite a presunção de inocência evitando situações de pré-culpabilidade²⁵³.

A prisão preventiva é medida de coação que encerra uma privação de liberdade do acusado ainda não declarado culpado. De um lado, encontra-se o acusado portador de um estatuto de presumível inocente e de outro a necessidade de aplicar a prisão preventiva uma medida que estruturalmente não é distinta da pena de prisão²⁵⁴.

Apesar de discutível sua razão de ser a prisão preventiva é universalmente admitida em todos os ordenamentos jurídicos modernos. Pois, trata-se de uma questão de política criminal como resultado do conflito entre o interesse individual da liberdade e o interesse social da manutenção da segurança e da eficácia na perseguição de crimes. Para legitimar esta medida de coação frente à presunção de inocência, aquela não deve ser aplicada a

²⁵³VILELA, 2000, p. 92-93.

²⁵⁴Ibid., p. 96.

situações que não a justifiquem dada a sua excepcionalidade. A esse respeito cabe ressaltar que no sistema inquisitorial a prisão preventiva era vista como uma medida ordinária de atuação judicial e não raras vezes pressuposto para a obtenção de provas. Assim, o excesso de aplicação de prisão preventiva com vista à satisfação da opinião pública registra certa deformação à dimensão do sistema acusatório²⁵⁵.

A função da prisão preventiva enquanto medida de defesa social assentada na análise de fatores como alarme social, frequência com que os crimes são praticados, em certas situações que criam na opinião pública fortes emoções de tal forma que a sua aplicação no arguido pode contribuir para a manutenção da ordem pública e mesmo para proteger contra as reações de vingança da vítima ou fúria popular não são compatíveis com o princípio da presunção de inocência, porque desse modo o processo penal pelo qual o imputado se insere está inspirado pelo princípio da culpabilidade para fins retributivistas e de prevenção geral, assim como para controlar as reações emocionais da opinião pública²⁵⁶.

4.2 Imparcialidade judicial

A doutrina costuma qualificar a imparcialidade como um elemento estrutural do processo ou um princípio supremo do processo, pois ela é a base e o elemento diferenciador da atividade jurisdicional em relação aos demais poderes do Estado. A imparcialidade sob a ótica de elemento estruturador do processo tem por pressuposto a noção de tratamento igualitário dado pelo juiz às partes, integrando ao lado da ideia de justiça, certeza e equidade o grupo de valores jurídicos, mas ao contrário destes valores a imparcialidade tem um caráter nitidamente procedimental aproximando-se da noção de devido processo legal e também da garantia do contraditório (MAYA, 2011, p. 53-54)²⁵⁷.

As prerrogativas e vedações constitucionais da magistratura, a impugnação de juízes suspeitos ou impedidos, sistema acusatório, vinculação à verdade processual fazem parte desse instrumental normativo²⁵⁸.

Por outro lado, a imparcialidade não é apenas um valor instrumental, mas um direito subjetivo fundamental necessário ao correto funcionamento do ordenamento

²⁵⁵VILELA, 2000, p. 97-98.

²⁵⁶Ibid., p. 107.

²⁵⁷MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53-54.

²⁵⁸SCHREIBER, 2008, p. 213-214.

jurídico. Disso se extrai que a imparcialidade é um comportamento do Estado no intuito de garantir os direitos fundamentais do cidadão, apresenta-se como um valor a ser observado pelos magistrados como condição de legitimidade tanto da atividade jurisdicional quanto da decisão judicial. Logo, o conceito de valor aqui se aproxima da ideia de princípio, pois atua como um padrão a ser observado decorrente de uma exigência da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade destinada a estabelecer um direito individual²⁵⁹.

O conceito de imparcialidade oferece distintos significados em função do seu aspecto sobre o qual fixamos a sua atenção. Usualmente a doutrina e a jurisprudência delimitam seus contornos negativamente sinalizando quando o juiz perde a imparcialidade, devendo abster-se ou recusar a praticar determinado ato, mas cabe afirma que ainda não foi feito uma construção dogmática do direito ao juiz imparcial²⁶⁰.

A concepção dogmática sobre a imparcialidade é influenciada pelas finalidades do processo penal sendo que de um lado entendem que o processo é um debate contraditório, que aspira a dar uma resposta fundada no direito para a pretensão do exercício do *jus puniendi* do Estado na qual consiste a ação penal, por outro lado o processo busca satisfazer a verdade real supostamente ao alcance do nosso conhecimento²⁶¹.

O exercício do *jus puniendi* estatal baseia-se no sistema acusatório que consiste na distinção das funções de acusar e de julgar de modo que garante um juiz imparcial ao não envolvê-lo com a atividade de acusação. Agrega-se a este sistema a imprescindibilidade da defesa e acusação para que o juiz colha elementos das partes antagônicas do processo sob o contraditório colocando-se equidistante de ambas as partes²⁶².

A possibilidade de o juiz determinar a produção de provas que considere relevantes para o esclarecimento do fato relaciona-se no dever do Estado de buscar a verdade real, isto é, o juiz não deve contentar-se com as provas produzidas pelas partes, mas deve determinar de ofício a produção de provas necessárias para apurar o que realmente ocorreu e assim atuar com imparcialidade ao propiciar uma decisão justa com base no que realmente aconteceu. Embora, o termo verdade real ou material melhor se acomoda ao aspecto filosófico da verdade que requer a constituição absoluta dos fatos em detalhes, o processo penal se submete a princípios éticos que impõem restrições a busca da verdade prejudicando a reconstituição dos fatos²⁶³.

²⁵⁹MAYA, 2011, p. 114-116.

²⁶⁰VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 106.

²⁶¹Ibid., p. 107.

²⁶²SCHREIBER, 2008, p. 214-215.

²⁶³Ibid., p. 216-217.

A jurisprudência em geral consagra a imparcialidade como um processo com todas as garantias do direito a um juiz determinado pela lei e do direito a obter uma tutela jurisdicional efetiva. Assim, os aspectos da imparcialidade fundadas na exigência do direito a um juiz predeterminado pela lei evita a existência de juízes *ad hoc* que podem por em dúvida a imparcialidade do tribunal. Também ressalta a exigência de separar as funções de acusar e julgar para alcançar a maior independência e equilíbrio do juiz, evitando que atue como parte do contraditório frente ao acusado, pois sendo um órgão imparcial deve situar-se acima das partes acusadoras e imputadas para decidir justamente as controvérsias determinadas por suas pretensões com relação à culpabilidade ou inocência²⁶⁴.

Apesar de abundante material jurisprudencial encontramos o princípio da imparcialidade pouco desenvolvido pela legislação. A razão pode ser porque não é uma opção política, mas um atributo inerente à função jurisdicional, pois representa uma questão de legitimação pública²⁶⁵.

A ideia de juiz imparcial condensa vários conteúdos na media em que se trata de juízo justo. Portanto, dizemos coloquialmente que é imparcial todo aquele que valora um conflito sem ódio nem paixão, sem preconceitos partidários, sem ideias preconcebidas com respeito ao objeto ou as partes. Embora, seja pedir muito que o juiz não tenha conhecimentos externos sobre o assunto, isto não o impede de julgar, tampouco o sentimento de simpatia ou rejeição consciente ou inconscientemente²⁶⁶.

Apesar de demasiado vasto a identificação da imparcialidade com a ausência de preconceitos é paradoxalmente demasiadamente reduzida. Em primeiro lugar, porque a imparcialidade não é a ausência preconceitos internos, porque afinal todos nós temos. Em segundo lugar, a margem de certos preconceitos ou exteriorizações, há outros fatores que podem mediatizar indevidamente a decisão judicial como, por exemplo, a pressão dos meios de comunicação insuflando a opinião pública para pensar de determinado modo com relação ao julgamento²⁶⁷.

Por isso, a neutralidade não pode ser confundida com imparcialidade, pois aquela só existe nos livros visto que a criação do direito é consequência do processo de interpretação dos juízes com base nas leis abrangendo em um só tempo o processo

²⁶⁴VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 108-110.

²⁶⁵Ibid., p. 114-115.

²⁶⁶Ibid., p. 117.

²⁶⁷Ibid., p. 118.

intelectivo de transformação das fórmulas linguísticas dos enunciados legais em conteúdo normativo e a interpretação dos fatos da vida inerentes a determinado caso concreto²⁶⁸.

Assim, ser imparcial não significa ser neutro, pois aquela pressupõe a exata compreensão do observador ou julgador acerca da sua formação para adotar uma postura efetivamente distante das partes e dos interesses envolvidos²⁶⁹.

Ao postular a neutralidade na função de julgar o magistrado eleva sua imagem a uma condição de sobre-humano ou divino, mas como ninguém possui a legitimidade de intitular-se Deus, logo seria utópico pretender que o juiz não seja um cidadão vinculado a certa ordem de ideias²⁷⁰.

A Constituição brasileira previu cinco poderes para garantir o direito de ser julgado com imparcialidade: 1) A configuração do Poder Judiciário como independente (Art. 2º); 2) a proibição de tribunal ou juízo de exceção (art. 5º, XXXVII) o que implica na predeterminação legal impedindo a nomeação *ad hoc e post factum* do juiz em determinado caso concreto da jurisdição; 3) a necessidade de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX); 4) a distribuição de competências e organização dos tribunais (arts. 101 a 126); 5) as garantias e incompatibilidades dos juízes (art. 95).

A Constituição portuguesa, assim como a brasileira não previu expressamente a imparcialidade judicial, mas também atribuiu cinco poderes para garantir o julgamento imparcial: 1) Independência judicial (art. 203º); 2) inafastabilidade do juiz criminal de forma a proibir a criação de tribunal de exceção (art. 32º, n. 9); 3) motivação das decisões judiciais (art. 205º, n. 1); 4) a organização dos tribunais (arts. 209º a 214); 5) as garantias e incompatibilidades dos juízes (art. 206º).

Para demonstrar o poder da mídia sobre a imparcialidade do juiz vamos ressaltar os poderes da independência e da motivação das decisões judiciais.

A independência se define com uma determinada posição jurídica de seus titulares a uma posição de não subordinação a um poder maior ou autoridade em exercício da função jurisdicional. Esta qualidade aparece com a opção política de independência dos poderes constitucionalizados. Seu complemento é a submissão à lei de modo a assegurar que a função jurisdicional não fique submetida a nada, vale destacar que isso é a exigência do moderno Estado Constitucional²⁷¹.

²⁶⁸MAYA, 2011, p. 61.

²⁶⁹Ibid., p. 113.

²⁷⁰SOUZA, 2010, p. 216.

²⁷¹VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 128.

Não se trata de uma qualidade intrínseca ao juiz nem um privilégio, mas o marco de sua atuação, ou seja, o exercício de sua função. Para determinar o alcance da garantia da independência partimos da ideia de que a jurisdição é um poder do Estado que se exerce através de cada um dos integrantes do Poder Judiciário para gozar de independência ao aplicar o direito no caso concreto²⁷².

A independência do juiz pode ficar comprometida quando a mídia durante sua campanha contra determinado arguido diz que o juiz tem compromisso na luta contra o crime e assim pressiona-o por meio do populismo penal visando comprometer sua independência, pois atua como uma espécie de poder, embora não constitucionalizado, capaz de mobilizar a opinião pública contra o Poder Judiciário.

Isto é o mesmo que dizer que o juiz criminal está vinculado à acusação. Porém, o compromisso do juiz é com o direito, porque do contrário o magistrado será mero agente panfletário vinculado a preconceitos ideológicos em detrimento da correta aplicação da lei penal (GRANDIS, 2008, p. 253)²⁷³.

Entretanto, não significa que o magistrado deva ser um sujeito omissos frente ao procedimento criminal, pois, embora não tenha compromisso na luta contra o crime, há um compromisso com o ordenamento jurídico no qual o juiz pondera entre dois valores irrenunciáveis que é o descobrimento da verdade real e a garantia dos direitos fundamentais do acusado. Por isso, perseguir a verdade a todo custo sofre temperamentos em razão do sistema acusatório baseado nas funções distintas de acusar, defender e julgar atribuídas as pessoas distintas, o que significa dizer que enquanto sujeito processual imparcial o juiz não possui a prerrogativa da iniciativa processual e as atuações de ofício devem revestir-se de extrema cautela para não tomar partido de uma das partes²⁷⁴.

Com relação à motivação das decisões judiciais podemos afirmar que nem sempre há uma coincidência entre as razões que o juiz expressou na motivação e aquelas consideradas como motivos reais da decisão. Por isso, a revelação de determinadas características metajurídicas pode fornecer indícios sobre a verdadeira motivação do juiz.

Neste campo metajurídico a ingerência midiática pode reduzir o processo hermenêutico desenvolvido pelo juiz na decisão judicial por meio de uma construção da social do crime²⁷⁵.

²⁷²Ibid., p. 130.

²⁷³GRANDIS, Rodrigo de. O juiz tem compromisso com a luta contra o crime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 71, p.250-265, mar./abr. 2008, p. 253.

²⁷⁴GRANDIS, 2008, p. 253.

²⁷⁵SOUZA, 2010, p. 219-220.

A sentença sendo uma ação comunicativa atua como um instrumento apto para a descoberta de outros fatos que estão além da mera técnica-jurídica, mas que influíram sobre esta decisão, pois o juiz exprime valores de critérios metajurídicos capazes de interferir nos elementos oferecidos para a motivação²⁷⁶.

Assim, são comuns decisões judiciais, decretos de prisão preventiva que se sustentam na repercussão dada ao fato pelos meios de comunicação. Embora, tais decisões sejam fundamentadas não encontramos externadas nela muitas vezes as razões íntimas que levou o magistrado a decidir de uma maneira e não de outra. Ao contrário dos Estados Unidos que por meio do *contempt of court* impõem preventivamente em determinados casos limites às informações midiáticas, entre nós não há meios formais de controlar o eventual prejuízo que os meios de comunicação podem causar no processo penal²⁷⁷.

Contudo, às vezes a falta de imparcialidade é flagrante como foi no caso Suzane Von Richthofen acusada e condenada pelo homicídio de seus pais, tal fato teve grande repercussão na imprensa culminando em uma reportagem no qual o jornalista clandestinamente gravou a conversa entre a ré e seu advogado que a orientava para chorar durante a entrevista, no dia seguinte Suzane teve sua prisão preventiva decretada sob o fundamento de preservar os jurados contra as investidas da ré como se no Tribunal do Júri a ré não pudesse legitimamente chorar para tentar sensibilizar os jurados. O Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a cautelar, mas com outro argumento: que a segurança da ré não poderia ser garantida acaso libertada. No Superior Tribunal de Justiça também se optou por manter a prisão preventiva. Entre os votos cabe ressaltar o do Ministro Paulo Medina que se mostrou totalmente permeável à pressão midiática denegando a ordem de *Habeas Corpus*²⁷⁸.

Denego a ordem de habeas corpus, esperando a compreensão do mestre Nilson Naves, pedindo tolerância por essa interpretação que faço, interpretação que vem da consciência, interpretação que vem ao encontro da aspiração da sociedade brasileira. Não que eu defenda em ser servil à sociedade. Não, não sou. Não que eu defenda medo ou temor da imprensa. Não. A imprensa e a sociedade não têm nenhuma influência sobre mim. Mas penso que, agora, elas falam a voz da razão, falam a voz da necessidade de se preservar os aspectos que a garantem, de demonstrar que, aqui e acolá, se exigirá a reação do Poder Judiciário na prestação jurisdicional em nosso País (HC – 58813).

²⁷⁶Ibid., p. 218.

²⁷⁷VIEIRA, 2003, p. 181.

²⁷⁸SCHREIBER, 2008, p. 207-208.

Quando há o desejo modificador na sociedade da imagem da justiça o magistrado procura atenuar aquilo que é considerado sua maior fragilidade que é a impunidade. A decisão ao invocar a indignação do povo sugere uma tentativa de neutralizar a reação negativa àquele Poder procurando reverter à opinião generalizada de descrença na instituição o que implica encarar o juiz como membro de grupo social em detrimento da imparcialidade que constitui um dos princípios mais importantes do direito (OLIVEIRA, 2002, p. 56-57)²⁷⁹.

Contudo, nas sociedades complexas o magistrado ao emprestar à sanção este sentido corre-se o risco de não fortalecer a justiça, mas diminuir seu prestígio, pois a imparcialidade é uma garantia da própria justeza do julgamento não vinculado ao sentimento de vingança coletiva.

A imparcialidade dos jurados é ainda mais vulnerável, porque se contrapõe ao sistema da persuasão racional ao adotar a íntima convicção não fundamentada adotado nos julgamentos do Tribunal do Júri no Brasil, isto dá ao seu julgador a liberdade de decidir conforme suas convicções pessoais, ideias, conceitos e preconceitos, e muitas vezes por tudo aquilo que já lhe foi informado extraprocessualmente acerca do caso em si e poderá julgar assim sem necessitar motivar tal ato decisório burlando por via oblíqua a garantia das garantias que é o direito a um julgamento justo. É de se indagar, então, onde estaria a imparcialidade do julgamento quando guiado pela livre convicção e sendo convencido da veracidade do fato pela mídia? Destarte, ao ser convencido, não pela prova dos autos, mas pela imposição massacrante do que ouviu, leu e viu nos meios de comunicação, o jurado torna-se um mero repetidor de uma opinião já formada (ROBERTO, 2004, p. 76-77)²⁸⁰.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem entendido que a imparcialidade se presume e qualquer alegação que a ponha em dúvida deve ser demonstrada. No caso *Cubber v. Bélgica (application n. 9186/80)* analisou se o fato de o juiz da instrução que toma parte no julgamento é parcial. Na perspectiva subjetiva verificou se havia presente em seu foro íntimo alguma hostilidade, já no aspecto objetivo considerou o caráter funcional e orgânico do juiz instrutor que conhece antecipadamente as conclusões da investigação tendo fundadas suspeitas de parcialidade, porque decretou a prisão preventiva e interrogou o imputado frequentemente para descobrir a verdade de modo que o acusado

²⁷⁹OLIVEIRA, Paulo Cardoso de. O dilema do juiz: justiça legal ou justiça social : uma análise sociológica de decisão judicial fundamentada no clamor público. **Revista do Curso de Direito**, Espírito Santo do Pinhal, v. 3, n. 2, p.45-60, jun./dez. 2002, p. 56-57.

²⁸⁰ROBERTO, Welton. A influência dos meios de comunicação na imparcialidade dos jurados. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p.72-80, ago./set. 2004, p. 76-77.

pode pensar que a opinião do juiz já esta previamente formada e vai ser decisiva na decisão do juízo do Tribunal Belga quando este juiz da instrução o integra²⁸¹.

A Corte Europeia de Direitos Humanos não especulou sobre o resultado do processo em questão, ou seja, se a violação do princípio da imparcialidade não tivesse ocorrido à decisão do Tribunal Belga seria outro ou não, assim apesar de não ficar demonstrado que o resultado provavelmente teria sido mais favorável a Cubber, o Tribunal Europeu condenou o Estado a uma indenização para Cubber em razão do juiz de instrução ter fornecido dúvidas legítimas a respeito de sua imparcialidade.

Logo, as aparências (comportamento do julgador) são importantes nesta matéria, porque está em jogo a própria legitimação dos tribunais. Basta que uma dúvida legítima recaia sobre o juiz a para excluí-lo e anular a decisão, além disso, os critérios de caráter organizacional da atuação jurisdicional deve garantir a imparcialidade de modo a impedir que o juiz da causa atue como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito ou funcionar como juiz de outra instância, pronunciando-se novamente sobre a questão de fato ou de direito.

Neste mesmo sentido (a de que basta a dúvida legítima) entendeu o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal com a ressalva de que o motivo da desconfiança da falta de imparcialidade deve ser séria e grave (processo n. 1454/12.8PAALM-A.L1-A.S1):

Circunstâncias específicas existem que podem colidir com o comportamento isento e independente do julgador, pondo em causa a sua imparcialidade, bem como a confiança das «partes» e do público em geral (comunidade), entendendo-se que nos casos em que tais circunstâncias ocorrem há que afastar o julgador substituindo-o por outro. Tais circunstâncias tanto podem dar lugar à existência de impedimento como de suspeição. Vem-se entendendo que enquanto o impedimento afecta sempre a imparcialidade e a independência do juiz, a suspeição pode ou não afectar a sua imparcialidade e a sua independência. (...) É notório que a seriedade e gravidade do motivo ou motivos causadores do sentimento de desconfiança sobre a imparcialidade do juiz, só são susceptíveis de conduzir à recusa ou escusa do juiz quando objectivamente consideradas. Com efeito, não basta o mero convencimento subjectivo por parte do Ministério Público, arguido, assistente ou parte civil ou do próprio juiz, para que tenhamos por verificada a ocorrência de suspeição. Por outro lado, como a própria lei impõe, não basta a constatação de qualquer motivo gerador de desconfiança sobre a imparcialidade do juiz, sendo certo ser necessário que o motivo ou motivos ocorrentes sejam sérios e graves. A lei não define nem caracteriza a seriedade e a gravidade dos motivos, pelo que será a partir do senso e da experiência comuns que tais circunstâncias deverão ser ajuizadas. Em todo o caso, certo é que o preceito do artigo 43º, n.º1, não se contenta com um «qualquer motivo», ao invés, exige que o motivo seja duplamente qualificado (sério e grave),

²⁸¹VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 148-149.

o que não pode deixar de significar que a suspeição só se deve ter por verificada perante circunstâncias concretas e precisas, consistentes, tidas por sérias e graves, irrefutavelmente reveladoras de que o juiz deixou de oferecer garantias de imparcialidade e isenção.

A imparcialidade não pode ser equiparada apenas com a ausência de preconceitos.

Em primeiro lugar, porque todos têm de modo que impossibilitaria um juiz ser imparcial e também é impossível indagar dentro da mente do julgador se seus preconceitos configuram um risco para a imparcialidade²⁸². Mas, os preconceitos não são relevantes quando se relacionam com as partes ou com o objeto de julgamento?

Se a origem do preconceito nasce a partir do contato com as partes e o interesse em concreto do litígio, então não configura quebra da imparcialidade, assim o problema está em torno das razões e formas com que se obteve este conhecimento, ou seja, saber em que estado o juiz está relacionado com as partes e seus interesses. Logo, há apenas uma classe de preconceitos que permite duvidar da imparcialidade do juiz: aqueles que se manifestam publicamente e diretamente sobre as partes e seus interesses²⁸³.

Assim, para que o magistrado conduza o processo de maneira imparcial não deve demonstrar uma animosidade sobre uma das partes ou o objeto da lide, tampouco uma manifestação na mídia que constitua em pré-julgamento. Isto inclusive está previsto no Brasil pela Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) no art. 36, III ao vedar a conduta de opinar por qualquer meio de comunicação processo pendente de julgamento seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério. Isto não impede de se manifestarem publicamente, pois o destinatário final da decisão é o público²⁸⁴.

Logo, a necessidade dos juízes fornecerem informações técnicas, esclarecedora é a alternativa racional, ao invés de agir de acordo com o clamor popular orquestrada pela mídia para resgatar a credibilidade da opinião pública perante o Poder Judiciário. Neste sentido também está previsto no art. 86º, n. 13, al. a e b do código de processo penal português no qual o segredo de justiça não impede a prestação de esclarecimentos públicos pela autoridade judiciária, quando forem necessários ao restabelecimento da verdade e não prejudicarem a investigação: a) A pedido de pessoas publicamente postas em causa; ou b) para garantir a segurança de pessoas e bens ou a tranquilidade pública.

²⁸²VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 155.

²⁸³Ibid., p. 159.

²⁸⁴VIEIRA, 2003, p. 188.

Portanto, manter-se a margem das partes e seus interesses significa cumprir as seguintes regras, segundo Valdecabres Ortiz²⁸⁵: a) A atividade jurisdicional não pode por em marcha sem a iniciativa de outros órgãos do Estado distinto dos próprios juízes. b) A separação entre acusação e defesa implica na distribuição da carga probatória e a formação da estrutura triangular no processo penal essencial a imparcialidade, pois coloca o juiz equidistante das partes. c) Assim, o juiz não pode trazer provas ao processo no sentido de conduzir uma investigação de ofício, mas pode determinar a produção de provas se dentro do processo verificar outras circunstâncias relevantes para o julgamento. d) O juiz não deve ter investigado, participado ou julgado em qualquer ato prévio ao processo que está em juízo. e) O juiz não pode ter tomado partido publicamente por uma das partes antes do juízo e nem durante o exercício da jurisdição²⁸⁶.

4.3 As diversas formas de verdade

O conceito de verdade como princípio político está intrinsecamente relacionado com os fundamentos que sustentam o poder punitivo estatal relacionando com o princípio da legalidade, persecução penal pública e obrigatória para justificar o objetivo principal do processo penal que é averiguar a verdade histórica também chamada de verdade material (BOVINO, 2005, p. 220)²⁸⁷.

Esta visão tem como consequência excluir a vontade dos particulares da decisão penal definindo-a como tarefa estatal necessária e inevitável. Assim, não limita o poder do Estado, mas impulsiona a persecução penal²⁸⁸.

As diversas concepções de sistemas de verdade levaram à adjetivação da verdade, a fim de expressar diferentes padrões de conhecimento. Assim, opuseram-se a verdade material, real ou objetiva e verdade formal, judicial, processual. A primeira relaciona com a verdade discutida fora do processo, mas que deve ser incluída dentro dela, isso corresponderia à verdade "verdadeira", enquanto correspondência do enunciado com a realidade. Por outro lado, a verdade formal é aquela que se obtém no processo como resultado da atividade probatória e nada mais, por isso está relacionada com o processo

²⁸⁵VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 162-172.

²⁸⁶Podemos englobar dentro do conceito de "tomada de partido" a subordinação do juiz ao julgamento midiático ao fundamentar sua decisão em razão dela e da opinião pública (clamor público), porque elas possuem uma forma de tratar a verdade dos fatos diferente da verdade processual como veremos a seguir.

²⁸⁷BOVINO, Alberto. Juicio y verdad en el procedimiento penal. In: **ESTUDIOS sobre justicia penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 219-240, p. 220.

²⁸⁸Ibid., p. 221-222.

civil, pois diferentemente do processo penal sua função reside na resolução de conflitos entre particulares (VAZ, 2010, p. 170)²⁸⁹.

A verdade material corresponde à reprodução plena de um fato, que ocorre por meio da busca das melhores provas em matéria penal não sendo caso de contentar-se com provas fornecidas, senão quando são as melhores que se possa ter em concreto e quando a lógica das coisas não autoriza crer que devam existir outras ainda melhores, porque é com base no interesse público que se fixa a exigência de que a condenação só deve ser imposta como providência jurisdicional justa. Já a verdade formal permite ao juiz ser mais condescendente na apuração dos fatos, sem obedecer a rigorosa observância à exigência de diligenciar *ex officio*²⁹⁰.

O processo penal e os meios de comunicação têm em comum o fato de ambos buscarem a verdade real, mas o discurso linguístico desenvolvido pelos meios de comunicação em massa, assim como o proveniente do processo penal visa à construção de uma determinada realidade ou a pretensão da verdade própria de cada um²⁹¹.

A esta exigência do processo penal de buscar a verdade real temos paradoxalmente a necessidade de respeitar a dignidade da pessoa humana como corolário do Estado Democrático de Direito. Desta forma pretende-se que a verdade seja reconhecida como uma garantia de todo o processo penal criando limites nos métodos de investigação. Trata na realidade de uma correspondência aproximativa de uma das hipóteses com o objeto a que se refere tanto do ponto de vista fático quanto o jurídico adequado a um sistema acusatório²⁹².

O nó górdio da questão não está no fato da verdade processual e midiática correr em paralelo, mas quando há uma interferência que gera uma perversa sinergia prevalecendo apenas a verdade midiática, isto é possível porque a sociedade costuma dar relevância na verdade noticiada chegando ao ponto de conferir uma espécie de supremacia da imprensa especialmente quando aceita incluir algumas doses de exagero na notícia em prol do interesse público (RODRÍGUEZ RAMOS, 2004, p. 1424)²⁹³.

Os operadores processuais (acusação, defesa, juiz) no julgamento midiático se encontram em duas frentes: o processual e o midiático, sendo que neste último a

²⁸⁹VAZ, Denise Provasi. Estudo sobre a verdade no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 83, p.163-183, mar./abr. 2010, p. 168.

²⁹⁰VAZ, 2010, p. 171-172.

²⁹¹SOUZA, 2010, p. 243.

²⁹²Ibid., p. 225-226.

²⁹³RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. Justicia penal y medios de comunicación. In: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.). **Dogmática y ley penal**: libro homenaje a Enrique Bacigalupo. 2 v. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 1415-1431, p. 1424.

informação é limitada, portanto distorcida no afã de destacar a notícia, tecem seus próprios interesses ou paixões, desde o mais compreensível (apoio a vítima) até o menos justificável (amplificação da sensação de insegurança)²⁹⁴.

E neste mundo os juízes vão ser duramente criticados a margem das razões legais e processuais atingindo a verdade processual. Pois, a verdade pode questionar as normas jurídicas para realizar um correto juízo de subsunção ao mostrar a falha do sistema judicial²⁹⁵.

A verdade midiática que está interessada nos eventos penais trata de uma verdade que em última análise está condicionada a velocidade, simplificação ou até mesmo a banalização da notícia. Justiça penal e informação são dois fenômenos distintos no qual o primeiro trata do modo como se administra a justiça, enquanto aquele retrata a repercussão da crônica judiciária (TRAGGIANI, 2012, p. 172)²⁹⁶.

A imprensa e o Poder Judiciário trabalham de maneiras diferentes a começar pela forma de administrar o tempo. A mídia funciona premida pela pressa, pois o “ontem” não é critério de informação, logo qualquer amadurecimento do debate é inviável. Já para o Judiciário é impossível atender as demandas nesta mesma velocidade que a mídia. O que pode ser percebida pelos meios de comunicação como sinal de fraqueza da instituição²⁹⁷.

Mas, o tempo é fundamental para a construção da verdade processual, pois a sentença é o resultado do diálogo das teses e provas trazidas pelas partes visando influenciar a convicção do juiz. Os fatos trazidos para análise do juiz são apreciados sob uma lógica distinta da atividade jornalística, porque é necessário o amadurecimento das questões sob julgamento para que se chegue ao veredicto válido e justo²⁹⁸.

As duas verdades: o do judiciário e dos meios de comunicação, apesar de unidos pela tentativa de reconstruir um evento passado, tentando aproximar tanto quanto possível da verdade histórica acabam sendo diferente uma da outra. Para começar o processo jurisdicional tem um lugar designado, a mídia não tem. Ambas procuram a verdade histórica cada um no seu tempo, enquanto a justiça celebra o processo por meio de um órgão específico a mídia o faz por meio de qualquer pessoa. O processo jurisdicional seleciona fatos aceitos pelo direito para fundamentar a sentença e a mídia recorre de modo insaciável a todo conhecimento, selecionando os fatos para envolver o público

²⁹⁴RODRÍGUEZ RAMOS, 2004, p. 1425-1426.

²⁹⁵Ibid., p. 1427.

²⁹⁶TRAGGIANI, Nicola. Verità, giustizia penale, mass media e opinione pubblica. In: GAROFOLI, Vincenzo; INCAMPO, Antonio. **Verità e processo penale**. Milano: Giuffrè, 2012, p. 171-186, p. 172.

²⁹⁷SCHREIBER, 2008, p. 366-367.

²⁹⁸Ibid., p. 368.

emocionalmente com o caso visando aumentar a audiência. O processo penal é baseado no princípio do contraditório para a formação da prova ao contrário do julgamento midiático que é baseado na regra de inclusão: tudo pode ser usado para convencer o público de que sua perspectiva adotada é a certa. A lógica do processo penal é do tipo acusatório, enquanto da mídia é do tipo inquisitorial²⁹⁹.

Ademais, as provas produzidas pelos jornalistas investigativos não se valem de métodos usados pelos órgãos policiais, logo não podem em regra ser aproveitados como prova dentro do processo penal, por exemplo, os jornalistas brasileiros costumam usar a câmera oculta, seguida do grampo telefônico não autorizado para obter confissões³⁰⁰.

Se a gravação ilícita é divulgada poderá influenciar indevidamente o juiz da causa ou fomentar a pressão da opinião pública contra ele. Se isto é possível contra os juízes togados pior é a situação dos jurados no Brasil que não necessitam de fundamentar a decisão, pois basta responder sim ou não nos quesitos formulados pelo juiz presidente do Tribunal do Júri que é togado, mas não vota, apenas organiza e cuida da ordem do plenário³⁰¹.

A verdade é o resultado de uma interpretação, pois esta atividade oferece uma mediação entre o homem e o mundo. O acesso do ser humano aos objetos é sempre indireto e mediado pela linguagem, pois o sujeito cognoscente chega a algo pela via do significado condicionado por uma série de pressupostos que impedem o acesso direto a uma verdade objetiva (KIRCHNER, 2009, p. 123-125)³⁰².

Por isso, podemos dizer que tanto a verdade processual quanto a midiática ao buscar uma verdade real lança mão de uma utopia para construir cada um ao seu modo, diferentes formas de conhecimento acerca do mesmo fato.

Segundo Foucault, o conhecimento não tem origem, ele foi inventado, ou seja, o conhecimento não está na natureza, mas é o resultado do jogo de afrontamento entre instintos e ao término da batalha produz algo. Este algo é o conhecimento (FOUCAULT, 2003, p. 16)³⁰³.

²⁹⁹TRAGGIANI, 2012, p. 173.

³⁰⁰SCHREIBER, 2008, p. 369.

³⁰¹Ibid., p. 371.

³⁰²KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 80, p.119-149, set./out. 2009, p. 123-125.

³⁰³FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo; et. al. 2. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003, p. 16. No direito esta batalha de instintos recebe o nome de Teoria da Argumentação Jurídica, cuja base reside no princípio do contraditório. Enquanto, a mídia trava sua batalha de instintos por meio das versões encontradas em sua investigação guardando certa similitude com o ofício do historiador.

Quando se diz que o conhecimento é o resultado dos instintos, significa que a compreensão por meio da paixão se chega a uma determinada verdade. Isto não destrói o objeto, mas conserva-o à medida que o sujeito se diferencia dele ao reconhecer suas paixões. Portanto, esses impulsos estão na raiz do conhecimento³⁰⁴.

Ademais, o conhecimento é uma perspectiva, porque encontra limitado na natureza humana, ou seja, o conhecimento é uma relação estratégica que situa o homem de forma parcial. Por isso, o conhecimento esquematiza, ignora, assimila as coisas entre si³⁰⁵.

Assim o conhecimento processual, em contraposição ao sistema inquisitivo, em que tínhamos uma confiança inabalável na possibilidade de apreender a verdade material, estruturou-se em torno do objetivo de uma verdade configurada em uma série de princípios e regras com diversos fundamentos para atuar de forma controlada as pretensões opostas e resolvido por um terceiro estranho as partes. A conclusão desse debate será uma afirmação de que tem por verdadeiro a razão de direito. Trata-se de uma verdade processual, ou seja, não é uma verdade que se busca, mas uma que se obtém, também não é uma verdade previamente definida como objetivo, pois essa é a tarefa de investigação, mas uma verdade de resultado³⁰⁶.

A afirmação de que os juízes não estão sujeitos às ingerências dos meios de comunicação em massa somente se justificaria diante de um juiz rigidamente neutro algo que é impossível dada à limitação da natureza humana. Mas, se ambos os processos (penal e midiático) estão mergulhados na utopia do princípio da verdade real como diferenciá-los, ou melhor, como impedir a ingerência da verdade midiática sobre a verdade processual?

A resposta está no método de como a verdade real do processo penal é formada e o temperamento que ela sofre dentro do sistema acusatório, sendo composta de vários procedimentos, ela constrói a sua própria realidade dos fatos e, além disso, temos as regras de obtenção das provas típicas do sistema acusatório que possibilita um juízo de valor diferente dos meios de comunicação.

Quando a doutrina e jurisprudência afirmam que o objeto do processo penal é a busca da verdade material significa que o juiz ao expressá-la na sentença penal interpreta e valora uma série de elementos de provas. A conclusão processual é uma afirmação de fatos passados que leva para a condenação do acusado se o juiz acreditar em sua participação no fato delituoso, mas não reconstrói a realidade objetiva, porque analisa uma série de

³⁰⁴FOUCAULT, 2003, p. 20.

³⁰⁵Ibid., p. 25.

³⁰⁶VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 100.

argumentações e contra-argumentação baseadas em dados que conduzem ao debate. Logo, não se trata de verificar o que realmente aconteceu, mas verificar diversas hipóteses acerca do que ocorreu extraindo delas seus significados. O juízo penal é essencialmente um debate acerca de uma pretensão acusatória sustentada em uma prévia investigação³⁰⁷.

Toda arquitetura do processo, e, portanto do debate está a serviço da imparcialidade, ou seja, a ideia de um juízo justo de modo que a partir do método adotado no debate e o critério de decisão do titular desta imparcialidade é que se chega ao conhecimento do fato³⁰⁸.

A metodologia serve para alcançar a verdade justificável, que no âmbito do processo penal é composto de vários procedimentos que vão desde a prova dos fatos até a sua adequação à norma, passando por uma valoração proveniente da própria hermenêutica. A prova é o instrumento que conduz a evidência dos fatos e que cria a certeza histórica e contingencial³⁰⁹.

Divide-se a produção probatória em dois momentos: primeiro temos a atuação da acusação cumprindo a função de apresentar a hipótese acerca de uma eventual cominação simplificando o trabalho da defesa ao permitir definir uma estratégia para afastar os elementos de convicção da acusação, já em um segundo momento temos o debate oral e público como etapa central do procedimento penal, pois tem por objeto a decisão de mérito acerca das hipóteses fáticas contidas na acusação³¹⁰.

Em nossa tradição jurídica o tema da prova é estudado em geral apenas sobre as regras vigentes que a organizam sua incorporação válida no processo e em menor medida as regras que valoram os elementos de convicção. Pouco se ensina sobre a principal finalidade da prova que é o seu convencimento acerca da certeza de um direito ou circunstância que deve ser verificado para tomar alguma decisão. Se agregarmos esta variável verificamos que a função da prova pode ser argumentativa (a persuasão resolve o caso judicial) ou cognitiva (através da prova chega ao conhecimento da verdade de uma determinada hipótese)³¹¹.

Quando os participantes de um processo de argumentação chegam à convicção de que conhecem todas as informações e que todas as objeções encontram-se esgotadas não há mais um motivo racional para continuar mantendo uma atitude hipotética perante a

³⁰⁷VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 100.

³⁰⁸Ibid., p. 101.

³⁰⁹SOUZA, 2010, p. 267.

³¹⁰BOVINO, 2005, p. 233.

³¹¹BOVINO, 2005, p. 227.

pretensão da verdade. Deste modo é possível trocar o termo verdade por validez do conhecimento, cujo método é o que distingue uma verdade da outra. Ao optar pelo sistema acusatório o juiz, ao contrário do sistema inquisitorial, observa o contraditório para formar a prova e chegar à formulação de um conhecimento válido judicialmente³¹².

Na realidade os aspectos cognoscitivo e argumentativo são simultâneos em toda a atividade processual em uma mescla indissolúvel de comportamentos humanos e processos psicológicos que excede em muito a simples verificação fática e normativa do conjunto de elementos para resolver o caso³¹³.

Assim, não podemos encontrar uma teoria que entenda a verdade em processo penal como algo a encontrar, mas como uma construção do próprio procedimento penal, isto fica claro quando o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal no Brasil atrela o conceito de verdade real com o conjunto probatório exposto no processo e que legitimamente induz o juiz a formar sua própria cognição acerca do caso perdendo o sentido a diferenciação entre verdade formal e verdade real.

O Min. Gilmar Mendes acrescentou que o desvelamento, objetivo, de um fato verificado durante a instrução processual, por si só, não seria hábil a comprometer a imparcialidade do juiz, derivada de busca da verdade real, de modo que conseguisse apreender os acontecimentos com todas as suas circunstâncias, inclusive colhendo aquilo que as partes — por limitação ou vontade — teriam deixado de narrar (Informativo n. 659 – “*Mutatio Libelli*” e nulidade de julgamento - 3).

No processo penal a verdade é constatada pela livre apreciação da prova, ou seja, o juiz tem que chegar ao convencimento de que foi cometido determinado comportamento e não outro. Por isso, as provas e as argumentações aparecem como uma imagem da verdade e das representações do juiz que se dirige a uma convicção (GÖSSEL, 2000, p. 75)³¹⁴.

Mas, se há apenas imagens da verdade e não uma verdade distinta delas o seu conhecimento sobre estes objetos pode modificar-se de acordo com a experiência humana?

Sim, por isso temos como consequência a possibilidade de recorrer da decisão para evitar uma decisão arbitrária e comprovar a exatidão da decisão recorrida ou não. Nesse mesmo sentido é a exigência de fundamentação de uma decisão baseada na valoração das provas³¹⁵.

³¹²SOUZA, 2010, p. 274-275.

³¹³BOVINO, 2005, p. 228.

³¹⁴GÖSSEL, Karl-Heinz. La verdad en el proceso penal: ¿es encontrada o construida?. **Revista de Ciencias Penales**, Buenos Aires, n. 6, p.71-86, 2000, p. 75.

³¹⁵GÖSSEL, 2000, p. 82-83.

Algo similar sucede na ação de revisão criminal quando surgem novas provas capazes de inocentar o condenado. Assim, o processo não se destina a uma decisão verdadeira, mas legitimar o exercício da jurisdição³¹⁶.

A sentença penal somente afirma a verdade ou a falsidade processual da pretensão acusatória o que pressupõe que uma forma de verdade seja válida, isto é, que seja alcançada com pleno respeito aos direitos fundamentais do acusado. O juízo justo não está em busca de uma verdade preexistente, mas a serviço da jurisdição concebida como a atividade estatal do direito em um caso concreto. O direito processual penal é basicamente conhecer os fatos e reconhecer o direito: aplicar a lei a um fato que é de responsabilidade do acusado previsto na norma como delito. A sentença que põe fim ao processo mediante absolvição ou condenação exige um debate que se dirige inicialmente aos fatos e em seguida são qualificados juridicamente para a aplicação da lei penal³¹⁷.

Mas, entre conhecer o fato e reconhecer o direito há um hiato preenchido pela interpretação que é a responsável pela mediação do ser humano com o mundo.

Um dos fundamentos da atividade cognitiva desenvolvida pelo magistrado ampara-se em uma perspectiva de que os fatos jurídicos estão estáticos à espera do sujeito cognoscente (o juiz), ou seja, a realidade independe do sujeito³¹⁸.

Trata-se de uma tentativa do positivismo jurídico de firmar os enunciados das normas jurídicas com exclusão de qualquer outro dado social. Assim, a interpretação seria mera leitura da norma escrita. O juiz seria uma figura a-histórico elevado pelo dogma da imparcialidade³¹⁹.

Contudo, o ser humano é sujeito e parte do mundo, logo o juiz é guiado por aspectos internos e externos que nele interferem bem como suas experiências no mundo sendo a verdade processual não uma simples verificação da prova, mas um meio linguístico de um complexo contexto histórico³²⁰.

Kirchner baseado em Gadamer divide a hermenêutica em nove elementos: 1) Trata de um processo que envolve a compreensão, interpretação e aplicação da norma jurídica no âmbito do processo penal; 2) é sempre um processo criativo, construtivo e produtivo; 3) porém, incompleto devido à finitude do sujeito cognoscente, sendo a interpretação um caminho de experiência que se situa em uma das trilhas possíveis para o alcance da

³¹⁶Ibid., p. 84.

³¹⁷VALLDECABRES ORTIZ, 2004, p. 99.

³¹⁸SOUZA, 2010, p. 251.

³¹⁹Ibid., p. 252-253.

³²⁰Ibid., p. 255.

verdade; 4) o compreender não é uma dominação do mundo objetivo, mas o dever de ponderar sobre o que a outra pensa não pressupondo a neutralidade para realizar uma autocrítica com relação às verdades que o intérprete entenda possuir; 5) nenhuma atividade de interpretação está completamente livre da sua condição concreta de modo que não se verifica um distanciamento entre o sujeito e objeto; 6) a pré-compreensão do intérprete é necessário ao ato de compreensão, pois o sujeito cognoscente utiliza determinados preconceitos para desenvolver novas proposições a partir de sua relação com o assunto e secundariamente com a opinião dos outros; 7) os fenômenos nunca se apresentam em sua pureza objetiva como se estivessem fora da história e da cultura, porque são sempre matizados pelo horizonte daquele que observa; 8) o entendimento dos seres e o próprio processo de compreensão são acontecimentos de linguagem que serve de base para o homem ter um mundo de representações; 9) o conhecimento hermenêutico constitui uma verdade que ultrapassa o campo de controle da metodologia científica, pois a certeza não garante a verdade³²¹.

Assim, novamente surge à questão como o juiz diante desse subjetivismo pode fugir do campo hermenêutico midiático?

Se não é possível falar em uma verdade objetiva, é possível falar na existência de uma verdade hermenêutica uma vez que os preconceitos ilegítimos do intérprete devem ser rechaçados por meio de perguntas orientadas pela coisa interpretada o que indica a necessidade de o sujeito deixar a coisa falar e se ao final existir divergências interpretativas fundamentais significa que alguma concepção está errada³²².

Assim, o resultado da interpretação está incorreto quando há uma dupla verdade na mesma situação hermenêutica, pois a dupla compreensão é sempre um conflito³²³.

Diante desta situação a verdade processual passa a ser um problema de justificação racional de um sujeito cognoscente resultado de um discurso dialógico, axiológico e hermenêutico e uma eventual concorrência com a verdade dos meios de comunicação configura uma dupla compreensão da mesma situação causando danos ao devido processo legal.

³²¹KIRCHNER, 2009, p. 125-131.

³²²KIRCHNER, 2009, p. 141. As “perguntas orientadas” no âmbito do processo penal referem-se ao preparo técnico do juiz capaz de conduzi-lo dentro da verdade processual rechaçando a verdade midiática.

³²³Ibid., p. 142.

5. MECANISMOS DE PROTEÇÃO CONTRA A INFLUÊNCIA MIDIÁTICA

5.1 Sigilo judicial

A doutrina usualmente aborda o sigilo sob dois aspectos: o interno e o externo. Externo é aquele imposto a todos os que não são partes no processo nem funcionários do juízo identificando-se com a publicidade restrita. Por força da ampla defesa e não pela publicidade dos atos processuais é que os imputados tomam deles conhecimento e participam tanto da investigação quanto da instrução criminal. Quanto ao sigilo interno também em face do princípio da ampla defesa fica totalmente impossibilitada, pois o imputado e seu patrono devem ter acesso a publicidade existente nos autos (KEHDI, 2008, p. 58-60)³²⁴.

Logo, podemos concluir que se trata de uma classificação inútil se estamos diante de um Estado Democrático de Direito, sendo possível tal classificação em um sistema ditatorial no qual existe a previsão de sigilo interno.

A função primordial do segredo de justiça é preservar a investigação, sendo o direito do arguido em princípio protegido por outros instrumentos que tutelam os direitos da personalidade. Por isso, a democratização do processo penal apontaria para a limitação do segredo e não para o aumento. Mas, paradoxalmente a evolução do direito criminal e a midiática do processo criaram condições para que a questão do segredo de justiça fosse ampliada, porque o valor da notícia conduz a um efeito de credibilidade dos fatos e estigmatização do imputado tornando problemático a questão do julgamento justo (RODRIGUES, 1997, p. 556)³²⁵.

Assim, há uma necessidade de resguardar valores tão importantes quanto à publicidade impondo o sigilo no curso da persecução criminal, porque além de contribuir em certos casos para o esclarecimento do fato dá guarida à presunção de inocência e aos

³²⁴KEHDI, André Pires de Andrade. O sigilo da ação penal. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; et. al. (Coord.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 57-95, p. 58-60.

³²⁵RODRIGUES, Cunha J. N. Justiça e comunicação social. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano. 7, n. 4, p.531-576, out./dez. 1997, p. 556.

direitos individuais dos envolvidos na medida em que protege as investigações do sensacionalismo da imprensa (SOUZA; LEITE, 2008, p. 211)³²⁶.

Não é sequer necessário que os meios de comunicação reproduzam o conteúdo de atos ou peças processuais. A mera invocação do processo já produz efeitos nocivos ao arguido. Ademais, a interação entre justiça e meios de comunicação também se faz pelas investigações jornalísticas muitas vezes por meio de acesso ao processo; outras vezes a mídia o faz pelo contato direto com as pessoas conhecedoras do fato (ofendidos, arguidos ou testemunhas), sendo que estas pessoas ao participarem simultaneamente no processo penal e midiático para sustentar seus direitos amplificam o impacto da *notitia criminis* ou anulam as reações de reprovação social. Além disso, a investigação jornalística pode lançar uma suspeição sobre os operadores do direito quanto à existência de fuga das informações e as motivações que fundamentam o processo, desacreditando a ação da justiça ao insinuar a sua parcialidade ou escapismo as regras processuais³²⁷.

Tendo em vista estes problemas podemos afirmar que o sigilo não se opõe a democracia sendo possível conciliá-la, pois a ausência de segredo, ou seja, a ausência da vida privada em relação ao poder estatal também não é democracia e muito menos a chamada democracia televisiva, porque como vimos não é uma garantia total de controle dos atos judiciais. Contudo, a imposição de sigilo judicial é uma exceção ao princípio da publicidade atingindo o estritamente necessário e adequado para salvaguardar os valores em nome dos quais eles são impostos³²⁸.

Vamos imaginar o caso de um homicídio noticiado diuturnamente pela imprensa e o juiz notou que em face da publicidade do processo o réu ficou exposto à campanha midiática pela sua condenação, por isso o magistrado decretou o sigilo para garantir que a população, da qual saem os jurados, não seja influenciada. Seria proporcional a medida imposta? Sim, pois o princípio da proporcionalidade é uma forma de garantir o devido processo legal para que o juiz verifique se a garantia da intimidade do acusado ou o interesse social no âmbito processual é adequado a justificar o sigilo ou a publicidade dos atos processuais³²⁹.

Quando a Constituição brasileira deixou em aberto o tema, resguardadas as limitações nela própria prevista, permitiu que se protegesse não somente a intimidade do

³²⁶SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. O sigilo no processo criminal e o interesse público à informação. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; et. al. (Coord.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.203-238, p. 211.

³²⁷RODRIGUES, 1997, p. 557.

³²⁸VIEIRA, 2003, p. 195.

³²⁹KEHDI, 2008, p. 72-73.

acusado, mas também qualquer interessado visando o direito fundamental à intimidade, ou seja, até mesmo a testemunha por meio do Ministério Público ou do imputado poderia requerer o sigilo em nome dela³³⁰.

Enquanto a restrição à publicidade dos atos processuais fundada no interesse social tem por único titular o Estado, a defesa da intimidade tem como titular o particular e sua família. Tal afirmação é possível de ser observada no acórdão do Supremo Tribunal Federal do Brasil:

EMENTA: LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça (Rcl. 9428).

No entanto, há um entendimento de que o art. 5º, X da Constituição brasileira (direito à intimidade) quando confrontado com a liberdade de imprensa, mesmo quando a produção jornalística seja uma ameaça àquele direito, deve ficar de fora do alcance do Poder Judiciário, porque diante desta ótica seria censura prévia qualquer forma de tutelar a ameaça de lesão a direito individual, devendo o controle judicial ser feito *a posteriori*. Mas, esta não é a melhor interpretação como já vimos no acórdão supracitado, pois estes direitos da personalidade são qualificados como invioláveis e assim há uma natural potencialidade jurídica de resistir à violação. Portanto, temos uma colisão entre duas normas fundamentais: de um lado está à inviolabilidade da intimidade e de outro a publicidade dos atos judiciais que garante o interesse público à informação³³¹.

Não obstante, o poder constituinte reformador foi além dos seus poderes ao restringir um direito individual fundamental dispondo no art. 93, IX da Constituição brasileira alterada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 ao dispor que o interesse público à informação dos atos judiciais não pode ser prejudicado pelo direito à intimidade, assim é possível sustentar uma inconstitucionalidade, pois o legislador estabeleceu uma hierarquia

³³⁰KEHDI, 2008, p. 74.

³³¹SOUZA; LEITE, 2008, p. 222.

entre dois princípios igualmente importantes; o constituinte originário no art. 5º, X afirmou que esse direito é inviolável e o artigo é uma cláusula pétrea da Constituição, conforme o art. 60, § 4º, IV proibindo qualquer alteração tendente a aboli-lo³³².

No Brasil a questão do sigilo na legislação processual penal é tratada de forma marginal em poucos artigos fazendo com que o magistrado interprete os dispositivos constitucionais referentes à liberdade de informação, publicidade dos atos judiciais e intimidade para estabelecê-lo. Já a relação entre justiça e mídia na Europa é orientada pelo disposto no art. 6º, n. 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos ao estabelecer que o julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiência pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou quando em circunstâncias especiais a publicidade puder ser prejudicial para os interesses da justiça³³³.

No código de processo penal português o art. 86º, n. 1 dispõe que o processo penal é público, assim o segredo, como no caso brasileiro também é uma exceção, pois a publicidade em regra é uma garantia de transparência da justiça e conseqüentemente um modo de facilitar a fiscalização da legalidade do procedimento e um componente importante para o exercício de defesa³³⁴.

O art. 86º, n. 2 do código de processo penal português dispõe que o juiz de instrução pode, mediante requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido e ouvido o Ministério Público, determinar, por despacho irrecorrível, a sujeição do processo, durante a fase de inquérito, a segredo de justiça, quando entenda que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais.

Segundo Germano Marques, antes das alterações do código pela Lei n. 48/2007 o processo era secreto durante toda a fase do inquérito e a publicidade exceção, agora a publicidade é a regra em todas as fases³³⁵.

No Brasil a regra é que o inquérito seja secreto conforme dispõe o art. 20 do código de processo penal brasileiro ao estabelecer que a autoridade assegure no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou o exigido pelo interesse da sociedade.

Quando o artigo descreve o sigilo como necessário para elucidar o fato criminoso quer dizer que se o delito ficou esclarecido não há mais sigilo no inquérito policial. Porém, o artigo ressalta que o sigilo será assegurado no interesse da sociedade o que pode

³³²SOUZA; LEITE, 2008, p. 222-223.

³³³Ibid., p. 229.

³³⁴SILVA, 2008, p. 261.

³³⁵Ibid., p. 266.

justificar em não permitir a divulgação de certos crimes que pode causar sérios danos à tranquilidade pública³³⁶.

Assim, ele não é imposto não para impedir o livre exercício da imprensa, mas para assegurar o bom andamento das investigações. Mas, como a presunção de inocência ainda nem sequer está posto a prova, pois não temos ainda um processo penal, o juiz deve assegurar o direito à intimidade quando a mídia tiver nítido interesse em realizar um julgamento midiático tornando o inquérito sigiloso.

Há que perguntar se a imprensa tem o direito de noticiar os fatos pela notícia desde o início do inquérito policial prejudgando as pessoas que são expostas publicamente? Não há dúvida que mídia muitas vezes contribui utilmente com a atividade policial ao publicar a fotografia de um criminoso na mídia trazendo valiosos dados para o êxito do inquérito policial³³⁷.

Por outro lado, a notícia sobre os fatos pode ser prejudicial às investigações, por exemplo, uma ação policial excessivamente detalhada ou feita em momento inoportuno poderá destruir provas. Outro aspecto é a estigmatização do indiciado, pois a imprensa adjetiva negativamente a pessoa que está sendo investigada prejudicando sua imagem, honra e privacidade, assim como a vítima e as testemunhas³³⁸.

O problema é que devido à pressa a qual a mídia está subordinada faz com que recorra a estratégias duvidosas embasadas em boatos para punir socialmente o indivíduo sem que tenha o direito de se explicar³³⁹.

As notícias de crimes divulgadas pela imprensa proveem na sua grande maioria de fontes anônimas, mas isto não impede que a notícia de um crime, cujo autor não se identifique sirva para dar início às investigações, pois o anônimo não acarreta ser necessariamente falso o seu conteúdo, sendo possível projetar com exatidão o fato juridicamente relevante³⁴⁰.

Logo, a notícia anônima pode ser considerada como elemento para ulterior investigação, contudo ela não pode provocar a abertura imediata do inquérito policial devendo ser valorado o assunto para concluir pela procedência ou não da informação³⁴¹.

Pois, a mídia nada mais é do que um particular que comunica a existência de um crime e não uma autoridade oficial, por isso pertence ao conceito “qualquer do povo” nos

³³⁶VIEIRA, 2003, p. 201.

³³⁷Ibid., p. 203.

³³⁸Ibid., p. 204.

³³⁹Ibid., p. 213.

³⁴⁰Ibid., p. 217.

³⁴¹Ibid., p. 218.

termos do art. 5º, § 3º do código de processo penal brasileiro (qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito).

A instauração do inquérito policial para apurar a notícia jornalística pode acabar tendo o caráter de punição antecipada nos meios de comunicação, mas o erro não está na imprensa, pois é livre o exercício de expressão e comunicação, o problema está nos operadores do direito que não preservam o sigilo necessário ao inquérito policial e o cuidado ao comentarem as condutas penais sobre aquilo que a imprensa apurou e ainda não deu ensejo à instauração formal da investigação³⁴².

No Brasil é comum a conduta de a autoridade pública conhecedora das diligências para apuração do crime convocar toda a imprensa para informar sobre o fato criminoso e o desenvolvimento das investigações. Em princípio não há impedimento legal quando o inquérito não for sigiloso, mas é necessário verificar a conveniência e oportunidade da comunicação à coletividade. Maior problema surge quando o jornalista tem acesso às mesmas fontes de informação das autoridades públicas podendo nesse caso haver o abuso do direito de informar, porque pode haver manipulação destas fontes pela mídia³⁴³.

No direito português o código de processo penal não deixa claro quanto à publicação do inquérito por meio da mídia, contudo o art. 86º, n. 2 e 3 estabelece que o segredo possa a pedido do arguido ser validado pelo juiz quando a publicidade lhe for prejudicial. Assim, em regra podemos interpretar que mídia teria pleno acesso aos autos do inquérito podendo divulgá-los, desde que não comprometa a presunção de inocência ficando ao critério do juiz a decretação do segredo de justiça sob este fundamento. Neste sentido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto em Portugal (proc. n. 0816093):

A intervenção do juiz na definição do segredo de justiça na fase de inquérito tem necessariamente como limites a autonomia do Ministério Público e a eficácia da ação de investigação, devendo por isso restringir-se aos casos em que manifestamente a investigação não pode ser comprometida, ou em que haja riscos para a presunção de inocência, a segurança das testemunhas e de outros intervenientes processuais.

Além disso, se interpretarmos analogicamente o art. 88º, n. 2, al. a, b é possível estendê-la para o inquérito, haja vista que a presunção de inocência encontra-se mais forte no inquérito do que no processo. Logo, deveria ser proibida também no inquérito a divulgação nos meios de comunicação das suas peças produzidas e os documentos

³⁴²VIEIRA, 2003, p. 215.

³⁴³Ibid., p. 216.

incorporados a ele, assim como a imagem e som dos seus intervenientes relativos a qualquer ato do inquérito, salvo se tiver expressa autorização do Ministério Público e dos demais envolvidos; mas não haveria óbice à narração do fato criminoso adquirida por outras fontes que não sejam aquelas e o inquérito não esteja sob segredo de justiça³⁴⁴.

O segredo de justiça no processo penal português se concretiza pela proibição da assistência, pelo público em geral, à realização do debate instrutório e dos atos processuais na fase de julgamento; a narração dos atos processuais, ou reprodução dos seus termos, pelos meios de comunicação social; a consulta do auto e obtenção de cópias, extratos e certidões de quaisquer partes dele (art. 86º, n. 6, al. a, b, c), mas não impede (como já vimos anteriormente) a prestação de esclarecimentos públicos pela autoridade judiciária (art. 86, n. 13) servindo para contrariar boatos de modo a evitar o julgamento midiático ou para tranquilizar a população sobre a eficiência da administração da justiça.

Além disso, a autoridade judiciária pode dar, ordenar ou permitir que seja dado conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo do ato documento a determinadas pessoas do que está em segredo de justiça se isso não puser em causa a investigação e se afigurar conveniente ao esclarecimento da verdade; indispensável ao exercício do direito pelos interessados (art. 86, n. 9, al. a e b). Assim, a própria parte pode solicitar ao juiz para que seja divulgado determinado conteúdo em resposta aos ataques da mídia.

O código de processo penal brasileiro não contém regra semelhante àquela prevista no art. 86º, n. 8 do diploma congênere português que vincula todos os sujeitos e participantes do processo ao segredo de justiça, mas é possível constatar a partir da leitura de diversas normas que sancionam a conduta de quem revele o segredo à mesma *ratio legis* sendo elas: o art. 36, III da Lei Orgânica da Magistratura, conforme já foi visto por nós; o art. 236, II e art. 240, f da Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) que estabelece pena de demissão ao membro do Ministério Público que revele assuntos de caráter sigiloso em razão do cargo ou função; no âmbito criminal todos responderão pelo art. 325 do código penal brasileiro, assim como a autoridade policial que revelar o sigilo indevidamente em razão da sua função; quanto o advogado no art. 37, VII da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) há a punição com censura a violação do sigilo profissional, e se revelar sem justa causa confidência do seu cliente com a possibilidade de produzir dano responde pelo art. 154 do código penal brasileiro, assim como peritos e demais pessoas que em razão de sua função deva guardar o sigilo. Até

³⁴⁴Em Portugal, diferentemente do Brasil, a competência para a direção do inquérito cabe ao Ministério Público auxiliado pelos órgãos de polícia criminal (art. 263º, n. 1 e 2 do código de processo penal português).

mesmo as testemunhas podem responder pelo crime de desobediência (art. 330 do Código Penal brasileiro) quando desrespeitar ordem legal de sigilo imposta pelo juiz.

Mesmo se o processo não estiver sob o manto do segredo de justiça ainda assim o código de processo penal português estabelece regras específicas para limitar a publicação dos atos processuais pela mídia proibindo a reprodução de peças processuais ou de documentos incorporados no processo, até à sentença de primeira instância, salvo se tiverem sido obtidos mediante certidão solicitada com menção do fim a que se destina, ou se para tal tiver havido autorização expressa da autoridade judiciária que presidir à fase do processo no momento da publicação; a transmissão ou registo de imagens ou de tomadas de som relativas à prática de qualquer ato processual, nomeadamente da audiência, salvo se a autoridade judiciária, por despacho, a autorizar; não pode, porém, ser autorizada a transmissão ou registo de imagens ou tomada de som relativa à pessoa que a tal se opuser; e também não pode a publicação, por qualquer meio, da identidade de vítimas de crimes de tráfico de pessoas, contra a liberdade e autodeterminação sexual, a honra ou a reserva da vida privada, exceto se a vítima consentir expressamente na revelação da sua identidade ou se o crime for praticado através de órgão de comunicação social (art. 88, n. 2, al. a, b, c).

O Brasil somente tratou diretamente do segredo de justiça em face dos meios de comunicação no art. 201, § 6º do código de processo penal brasileiro (o juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação). Assim, preocupou-se apenas com a vítima e se esqueceu do réu. Também nessa mesma linha estabeleceu que os crimes que atentam contra a dignidade sexual (estupro, violação sexual mediante fraude, assédio sexual, sedução, estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente, favorecimento a prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, mediação para servir a lascívia de outrem, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, casa de prostituição, rufianismo, tráfico internacional e interno de pessoas para o fim de exploração sexual, ato obsceno, escrito ou objeto obsceno) serão em segredo de justiça, conforme o art. 243-B do código penal brasileiro.

Sobre o acesso da mídia à sala de audiência o Brasil não possui nenhuma disposição específica cabendo ao juiz no caso concreto decidir a respeito nos termos do art.

792, § 1º do código de processo penal brasileiro ao estabelecer que se a publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes. Assim, neste caso indiretamente é possível preservar o interesse social a um julgamento justo e o direito à intimidade quando estiver sob os holofotes de uma mídia sensacionalista vedando seu acesso à sala de audiência.

O juiz brasileiro deve em relação aos critérios que justificam a publicidade, identificar o interesse social e o consentimento das pessoas envolvidas para ponderá-los com o fim de respeitar o direito da personalidade das pessoas envolvidas. E, caso decida pela presença da mídia na sala de audiência deve exigir que a transmissão seja integral para evitar manipulações e as câmeras fiquem em lugares não visíveis para não influenciar no ânimo dos presentes.

Enquanto no processo penal brasileiro a publicidade à mídia é ampla devendo o juiz analisar se no caso concreto cabe ou não decretar de forma fundamentada o sigilo judicial (art. 5º, LX da Constituição brasileira), o processo penal português estabelece que com relação à mídia o juiz deverá decidir acerca da conveniência da publicidade dos atos judiciais e até que seja autorizada não será permitida, sob pena de desobediência simples, a narração de atos processuais anteriores àquela quando o juiz, oficiosamente ou a requerimento, a tiver proibido com fundamento nos fatos ou circunstâncias concretas que façam presumir que a publicidade causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso do ato, devendo ser revogado logo que cessarem os motivos que lhe deram causa (art. 87º, n. 2 e art. 88º, n. 3 do código de processo penal português).

Também não será permitido sob pena de desobediência simples, a publicação, por qualquer meio, de conversações ou comunicações interceptadas no âmbito de um processo, salvo se não estiverem sujeitas a segredo de justiça e os intervenientes expressamente consentirem na publicação (art. 88º, n. 4 do código de processo penal português), ou seja, para publicar qualquer conversa no âmbito do processo pela mídia devem estar presentes dois pressupostos: que o processo não esteja sob segredo de justiça e os intervenientes consentirem.

Vale destacar também que nos Estados Unidos o acesso de informação pode ser restringido, conferindo uma excessão à publicidade dos atos processuais e a liberdade de expressão fundamentada na ideia de que a mídia pode influenciar a imparcialidade dos

jurados. Neste caso o juiz por meio de três mecanismos controla a publicidade negativa da mídia: 1 – *closure*: que consistem em isolar um determinado procedimento judicial. 2 – *Restrictive orders*: proíbe a mídia de divulgar uma informação. 3 – *Protective order*: proíbe as partes e outros auxiliares da justiça de prestarem informações sobre o caso para o público³⁴⁵.

Com relação ao acesso à sala de audiência nos Estados Unidos, mesmo os estados que autorizam o acesso da mídia às salas de audiência tem regras para a cobertura e em quase todos os casos o juiz detém poderes para interferir na transmissão ao longo do trabalho³⁴⁶.

Além disso, também para proteger a idoneidade dos processos criminais a Associação Norte-americana de Juristas (American Bar Association) – ABA, elaborou um código de conduta (Standards for Criminal Justice Fair Trial and Free Press) sendo aperfeiçoado juntamente com os órgãos de imprensa para assegurar um equilíbrio entre a proteção da intimidade e a manutenção da publicidade como condição de um julgamento justo e o correto trabalho jornalístico³⁴⁷.

5.2 Proibições de prova

A prova é a motivação da convicção acerca da ocorrência dos fatos relevantes, desde que respeite as regras de experiência, leis científicas, princípios da lógica (MENDES, 2004, p.133)³⁴⁸.

Portanto, se a prova for produzida ou valorada segundo os critérios midiáticos fugindo das regras processuais deverá então ser aplicada as regras de exclusão como uma forma de garantir a proteção do Poder Judiciário contra a influência midiática.

A finalidade das regras de exclusão possuem dois fundamentos: 1) Necessidade de promoção de um resultado seguro; 2) função protetora dos direitos fundamentais (SILVA, 2010, p. 57)³⁴⁹.

A primeira finalidade presente principalmente na doutrina dos Estados Unidos faz com que surja a seguinte indagação: Se um elemento de prova obtido ilicitamente, mas

³⁴⁵SURETTE, 2007, p. 140-141.

³⁴⁶SOUZA; LEITE, 2008, p. 231.

³⁴⁷Ibid., p. 214.

³⁴⁸MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p.133-154, p. 133.

³⁴⁹SILVA, Bruno César Gonçalves da. **Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal**. Campinas: Servanda Editora, 2010, p. 57.

cuja idoneidade não tenha sido posta em dúvida seria ainda assim excluída? Se considerarmos apenas essa finalidade a prova poderia ser utilizada, mas seria necessário valorar. Porém, a segunda finalidade da prova ilícita não permitira, pois a ideia é criar um efeito inibitório prevenindo futuras atividades probatórias violadoras de direito³⁵⁰.

As proibições de prova abrangem: 1) as proibições de produção de prova; 2) a invalidade do ato processual; 3) as garantias de defesa aptas a tornar ineficaz o ato processual inválido; 4) o efeito a distância das próprias proibições de prova³⁵¹.

Com relação às proibições de produção de prova temos três espécies: temas proibidos de prova; meios proibidos de prova e os métodos proibidos de prova³⁵².

Os temas proibidos de prova são aqueles que não devem ser investigados pelo Estado, por exemplo, os fatos abrangidos pelo segredo de Estado³⁵³.

Os meios proibidos de prova são estabelecidos por meio de lei que impõe limites ao objeto de prova para garantir a máxima credibilidade dos fatos, por exemplo, no art. 208 do código de processo penal brasileiro diz que o cônjuge não prestará o compromisso de dizer a verdade, ou seja, o juiz não poderá considerar como testemunha, mas um informante. Assim, diz respeito aos procedimentos utilizados pelos intervenientes do processo que podem ser contrários aos direitos de liberdade ou meramente violadores das formalidades relativas à obtenção de provas³⁵⁴.

Quando contrários aos direitos de liberdade elas podem ser absolutas (provas obtidas por tortura, coação a integridade física ou moral das pessoas) ou relativas (intromissão na vida privada, na correspondência, etc.) neste caso a proibição é afastada pelo titular dos direitos em causa³⁵⁵.

Os procedimentos violadores das formalidades dizem respeito às formalidades cuja inobservância torna o ato ilegal, por exemplo, a advertência aos parentes e afins do arguido acerca da faculdade que lhe assistem de depor (art. 134º, n. 2 do código de processo penal português)³⁵⁶.

Pensamos que com relação ao método de prova pode ser confundida com a análise do procedimento da norma, mas a proibição recairia não da falta da observância dela, mas no momento em que se dá no início a sua produção, ou seja, logo na colheita dela

³⁵⁰SILVA, 2010, p. 58-61.

³⁵¹MENDES, 2004, p.134.

³⁵²Ibid., p. 134.

³⁵³Ibid., p. 135.

³⁵⁴Ibid., p. 135-137.

³⁵⁵Ibid., p. 137.

³⁵⁶Ibid., p. 138.

buscando preservar não a credibilidade do resultado, mas a função protetiva dos direitos fundamentais. Portanto, a prova obtida por meio de tortura no bojo de sua formação por si só já é ilícita.

A Constituição portuguesa não regulou de forma direta a problemática da produção de provas no processo penal, mas tem suas marcas na constitucionalização da estrutura acusatória do processo e do contraditório (MESQUITA, 2011, p. 476)³⁵⁷.

Já a Constituição brasileira previu expressamente no art. 5º, LVI estabelecendo a inadmissibilidade nos processo das provas obtidas ilicitamente.

Desse modo a Constituição brasileira estabelece duas regras de exclusão: em primeiro lugar, ao aludir a "provas obtidas por meios ilícitos", refere-se à ilegalidade ocorrida no momento em que a prova é obtida para ser produzida no processo; momento normalmente anterior e de qualquer modo externo com relação àqueles em que se decompõe o procedimento probatório; em segundo lugar, ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, considera desde logo uma sanção - a inadmissibilidade (FILHO, 2010, p. 397)³⁵⁸.

No código de processo penal português o art. 126º estabelece quais são os métodos proibidos de prova e qual é a sua sanção. A pena prevista é a de nulidade das provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas (art. 126º, n. 1). E ainda, mesmo que com o consentimento da vítima será também nula as provas que perturbem a liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos (art. 126º, n. 2, al. a); ou a capacidade de memória ou de avaliação (art. 126º, n. 2, al. b); ou utilize a força fora dos casos e dos limites permitidos pela lei (art. 126º, n. 2, al. c); ou ameace com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto (art. 126º, n. 2, al. d); ou prometa vantagem legalmente inadmissível (art. 126º, n. 2, al. e).

Também são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular (art. 126º, n. 3), pois os direitos em causa são

³⁵⁷MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**: Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 476.

³⁵⁸FILHO, Antonio Magalhães Gomes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p.393-410, jul./ago. 2010, p. 397.

disponíveis, logo se houver a aquiescência do titular não ocorrerá à ofensa do direito devendo este requerer a nulidade, portanto é uma hipótese de nulidade relativa.

No código de processo penal brasileiro a questão é expressa no art. 157 estabelecendo que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, ou seja, a sanção em um primeiro momento será o desentranhamento, mas se o juiz utilizou a prova proibida na sentença? Neste caso deve verificar se a prova proibida contaminou substancialmente a decisão da causa resultando em um prejuízo para a parte interessada (art. 563 e 566 do código de processo penal brasileiro), portanto será sempre uma nulidade relativa, mesmo aquela obtida mediante tortura, pois não está no rol taxativo do art. 564.

São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (art. 157, §1º), trata do efeito a distância das proibições de prova.

Assim, o caput do art. 157 trata de uma forma especial de tutela destinada a assegurar a efetividade dos direitos constitucionais e legais. Antônio Magalhães Filho acolhe a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas: a primeira constitui o resultado de uma violação do direito material, enquanto na segunda o vício decorre da infringência de normas processuais. Outra diferença entre elas decorre do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre a partir da sua obtenção; nas ilegítimas é na fase de produção. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são inadmissíveis no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, deve ser desentranhado); as ilegítimas são nulas, por isso a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes³⁵⁹.

O art. 157, § 3º diz respeito à impossibilidade de utilização da prova pelo juiz no processo que não implica na necessidade de destruição física da prova ou, mais precisamente, do documento que a contém. É perfeitamente viável que a prova declarada ilícita em um determinado processo possa vir a ser utilizada validamente em outro, afinal, por exemplo, não se pode descartar, ainda, a hipótese de usar uma prova ilícita *pro reo* em outro processo, como o de revisão criminal³⁶⁰.

³⁵⁹FILHO, 2010, p. 399. Pensamos que essa distinção não tem razão de ser uma vez que o art. 157 prevê o desentranhamento independentemente do tipo de proibição de prova e em caso de valoração indevida recairá no capítulo das nulidades do código de processo penal brasileiro.

³⁶⁰Ibid., p. 400.

Dentre as diversas questões que se apresenta neste tema, uma das mais tormentosas é a relacionada à extensão dos efeitos da ilicitude dos elementos probatórios. Assim, indagamos: Até que ponto a produção probatória pelo jornalista não afeta o direito à vida privada? E, quando violado o direito à vida privada pelo jornalista consubstanciando em prova ilicitamente produzida, neste caso é possível de ser aproveitada no processo? Qual é a consequência processual da conduta quando o jornalista divulga uma prova sigilosa imposta pela justiça? E a prova licitamente produzida pelo jornalista, mas baseada em uma fonte anônima pode ser aproveitada no processo?

A produção probatória do jornalista deve ser analisada quanto à sua licitude sob o ângulo das três esferas da vida privada construída pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Portanto, se as gravações, fotografias atingem aquilo que não chega nem ao conhecimento das pessoas de sua confiança (núcleo inviolável) viola o direito à privacidade. Fora desta área nuclear (já é a esfera privada) engloba os hábitos de vida e as informações que o indivíduo partilha com a sua família e amigos, e cujo conhecimento o respectivo titular tem interesse em guardar para si. Só será admissível sua violação em nome do interesse público observando a estrita proporcionalidade de modo que o direito à palavra falada e a própria imagem só podem ser sacrificadas no contexto da perseguição penal. Os registros fora da esfera privada (registros na esfera pública) podem ser valorados como que sucede na vida pública, cujo conteúdo das palavras avultam de tal maneira que a personalidade do autor das palavras recua praticamente para um plano secundário perdendo a palavra o seu caráter privado (GÖSSEL, 1992, p. 424)³⁶¹.

Com relação à extensão da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, ela divide-se em duas correntes: a primeira entende que tal vedação somente se dirige aos órgãos públicos incumbidos da persecução penal. Já a segunda corrente postula que independe da qualificação do órgão ou pessoa que produziu a prova. Contudo na doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos prevalece o entendimento que tal vedação se dirige somente as condutas dos órgãos públicos, ou seja, a primeira corrente³⁶².

Diferentemente do sistema dos Estados Unidos no direito germânico à obtenção de prova ilícita por particular gira em torno da tese de possibilidade de subsunção dos meios de prova produzidos por particulares em torno da teoria das três esferas que o Tribunal

³⁶¹GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano. 2, n. 3, p.397-441, jul./set. 1992, p. 424.

³⁶²SILVA, 2010, p. 97-98.

Constitucional Federal alemão criou ao analisar dois tipos de *leading case*. O primeiro trata de um diário no qual o Tribunal argumenta que quando estão escritos dados relativos à vida íntima só a proibição de valoração garante a proteção eficaz da personalidade tanto faz o modo como os escritos chegaram ao conhecimento das autoridades de persecução penal (ANDRADE, 2006, p. 154-155)³⁶³.

O outro caso trata da gravação no quarto do casal que permitiu obter a prova de envolvimento do tráfico de droga. Trata da relação social como critério decisivo de demarcação entre a intimidade protegida de modo absoluto e os demais espaços da vida privada que é legítimo sacrificar em detrimento da persecução penal. O tribunal considerou ilegítima a valoração da gravação, porque representaria uma intromissão na esfera íntima do casal que goza de proteção absoluta³⁶⁴.

No direito dos Estados Unidos a licitude ou não do acesso ao diário ou a gravação no quarto do casal está fundamentalmente em saber se a polícia violou ou não os dispositivos legais que condicionam o exercício de sua competência, assim serão admitidos se a polícia observou a exigência de mandato judicial³⁶⁵.

Já no direito germânico a questão se exprime no desenvolvimento da personalidade, cuja utilização sem o consentimento de quem de direito configura por si só uma forma autônoma de devassa que a lei quer prevenir. Mas, também em sentido inverso a doutrina e jurisprudência alemã tendem a orientar-se estabelecendo pontes entre elas³⁶⁶.

Assim, o Tribunal Constitucional alemão já decidiu acerca da inadmissibilidade enquanto prova do acesso ilegítimo ao diário, mas deixou em aberto em qual das três esferas está adstrita o diário. Além disso, o que visa proteger é a intimidade e não a ação criminosa, então neste âmbito não sobrará qualquer área nuclear protegida de modo absoluto, por isso em outro caso o Tribunal manteve o princípio de que o registro elaborado pelo agente sobre seus crimes não caem na alçada das proibições de prova, mas não ponderou acerca da proteção da intimidade e da persecução penal, contudo vale ressaltar que neste caso o diário não constituiu o único meio de prova³⁶⁷.

A jurisprudência portuguesa entende que a gravação clandestina feita por particular também é tratada como prova inadmissível. Trata-se de um caso no qual um programa de televisão gravou clandestinamente o diálogo entre o médico e um jornalista, que se fazia

³⁶³ ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 154-155.

³⁶⁴ GÖSSEL, 1992, p. 427.

³⁶⁵ ANDRADE, 2006, p. 146.

³⁶⁶ *Ibid.*, 156-158.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 430-431. Isto seria a ponte com a experiência americana ressaltada por Andrade.

passar por dirigente desportivo. O último pede ao primeiro conselhos sobre a administração e fornecimento de substâncias proibidas destinadas a melhorar o comportamento dos atletas do seu pretense clube – o chamado doping –, e o primeiro presta esclarecimentos, dá conselhos e relata casos de doping acontecidos, em um dos quais admite ter tido participação, e, por fim, aparentemente, vende ao seu interlocutor substâncias proibidas de efeito dopante. Com base nesse fato o Tribunal da Relação do Porto decidiu (proc. n. 0313418):

(...) a prova representada por esse filme a preto e branco, por ter sido obtida através de meio enganoso – câmara oculta –, é nula, não podendo ser utilizada, nos termos do artº 126º, nºs 1 e 2, alínea a), do CPP, isso é apenas para o efeito de perseguição criminal pelo eventual crime que visa provar – o crime de tráfico de droga – porque a proibição constitui uma garantia de defesa, de acordo com o artº 32º, nº 8, da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil, também já se manifestou nesse sentido em um caso de fotografias que continham cenas de sexo explícitas envolvendo menores de idade que foram furtadas do consultório profissional do réu e entregues a polícia para incriminá-lo.

Tratando-se de prova ilícita, especialmente daquela cuja produção derivar de ofensa a cláusulas de ordem constitucional - não se revelará aceitável, para efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico, mostrando-se indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado: A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil (RE – 251445).

Contudo, se uma prova ilícita produzida por um particular configurou apenas a *notitia criminis* provocando o Estado a promover a persecução penal para colher provas válidas, sendo independente daquela e que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, foi capaz de conduzir ao fato objeto da prova de modo a afastar o efeito à distância da prova proibida, então ela deve ser considerada válida.

Gravação clandestina realizada pelo alistando, a pedido de emissora de televisão, que levou as imagens ao ar em todo o território nacional por

meio de conhecido programa jornalístico. O conteúdo da reportagem representou notícia criminis, compelindo as autoridades ao exercício do dever-poder de investigar, sob pena de prevaricação. 2. A ordem cronológica dos fatos evidencia que as provas, consistentes nos depoimentos das testemunhas e no interrogatório do paciente, foram produzidas em decorrência da notícia criminis e antes da juntada da fita nos autos do processo de sindicância que embasou o Inquérito Policial Militar. 3. A questão posta não é de inviolabilidade das comunicações e sim da proteção da privacidade e da própria honra, que não constitui direito absoluto, devendo ceder em prol do interesse público. (Precedentes). Ordem denegada (Supremo Tribunal Federal do Brasil – HC – 87341).

Com relação à divulgação de uma prova sob sigilo de justiça não configuraria prova ilícita (quando infringe qualquer lei) nem um fruto da árvore envenenada, mas não seria uma prova proibida (aquela que viola as normas constitucionais que tutelam os direitos fundamentais)? Sim, uma vez que viola o direito fundamental a um processo justo com todas as garantias, pois a sua divulgação colocaria em risco o contraditório na formação da prova, a imparcialidade do juiz e a presunção de inocência³⁶⁸.

O que está em jogo é determinar qual é a relação existente entre a regra de exclusão do material probatório obtido com violação aos direitos fundamentais e o momento em que se produz esta violação³⁶⁹.

Se o sigilo de justiça corresponde à garantia dos direitos fundamentais sua violação torna a prova proibida. O art. 114 do código de processo penal italiano veda a publicação ainda que parcial ou por resumo a difusão dos atos cobertos pelo sigilo. Entre as várias regras que podem fundamentar o sigilo de justiça está o direito à intimidade³⁷⁰.

Mesmo que amplamente divulgado a prova pelos meios de comunicação tornando-a notória não pode o juiz considerar para efeito de uma decisão condenatória. O saber do juiz derivado da mídia não pode ingressar no processo como algo notório, pois é diversa da verdade processual. Se o Estado apesar de todo o instrumental não consegue impedir a divulgação do sigilo de justiça deve considerá-la inutilizável visto que a formação da prova não é observada em todos os seus aspectos constitutivos³⁷¹.

O art. 191 do código de processo penal italiano prescreve que as provas adquiridas com violações das proibições estabelecidas em lei não podem ser utilizadas. Devemos distinguir as provas obtidas com infração aos direitos fundamentais: a) Entre aquelas cuja realização por si mesma é ilícita; b) e aquelas provas obtidas ilicitamente, porém

³⁶⁸SOUZA, 2010, p. 306-311.

³⁶⁹Ibid., p. 318.

³⁷⁰Ibid., 333-334.

³⁷¹Ibid., p. 337-338.

incorporadas no processo de forma lícita. Esta última categoria diz respeito a todas aquelas provas cuja obtenção ou produção tenham vulnerado de uma forma ou de outra alguns dos direitos fundamentais³⁷².

A prova proibida (obtida com violação do segredo de justiça) é viciada, porque não observou o procedimento de conservação dentro do processo penal³⁷³.

O interesse do segredo da investigação nivela-se a assegurar às fontes de prova, mas pode ser entendido também em sentido amplo como uma tutela da dignidade e reserva do direito à honra das pessoas submetidas à investigação como também a serenidade do próprio desenvolvimento delas ao subtrair à pressão e expectativas da opinião pública por um determinado resultado³⁷⁴.

Por isso, apesar da carência de uma previsão legal acerca da inutilização da prova por violação do segredo de justiça no processo penal português e brasileiro entendemos tal medida perfeitamente adequada à realidade processual dos dois países, pois esta inutilização da prova respeitaria os princípios estruturantes do direito processual previsto na Constituição dos dois países como a preservação da vida privada, presunção de inocência, imparcialidade judicial.

Por fim, resta a questão de saber se a prova produzida pelo caso do jornalista que não revela sua fonte ou constrói a notícia baseada em rumores, pode ser valorada ou não?

Trata-se da teoria do ouvir dizer, que no ordenamento jurídico português encontra solução no art. 129º do código de processo penal, assim: Se o jornalista depor para esclarecer matéria jornalística acerca do que ouviu dizer de determinada pessoa, o juiz pode chamar esta a depor, senão o depoimento dado pelo jornalista não poderá servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas. Isto também inclui quando a parte utiliza documento produzido pela mídia, que não possui a origem das fontes responsáveis pela formação do conteúdo do documento não podendo em caso algum servir como meio de prova quando o jornalista recusar indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos fatos.

Portanto, em primeiro lugar deve-se procurar a origem das fontes e se não puder em razão de morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de ser encontrada deverá ser ouvido o jornalista na qualidade de testemunha indireta dando um relevo

³⁷²SOUZA, 2010, p. 341-342.

³⁷³Ibid., p. 344.

³⁷⁴Ibid., p. 349.

probatório reduzido, uma vez que só pode pronunciar-se sobre o que ouviu da testemunha imediata. Por isso, a condenação só deve apoiar-se quando o seu teor for avalizado por outros indícios mais próximas do fato³⁷⁵.

Nos Estados Unidos temos a *hearsay rule* que é uma qualidade de meio de prova derivativo, ou seja, quando todo meio de prova se extrai de uma fonte informativa oculta não só a forma de declaração oral, mas também à modalidade escrita³⁷⁶.

A *hearsay rule* em regra não é admissível quando o objeto de prova é para estabelecer a verdade em um evento, mas é admitida quando demonstra que a verdade da prova foi feita por alguém ou um documento³⁷⁷.

O núcleo da proibição incide na admissão para a prova da verdade dos fatos, mas há algumas exceções como no caso de uma pessoa que presta declarações anteriores ao julgamento e depois é ouvida como testemunha em julgamento podendo as declarações entre o que disse antes e durante o julgamento ser contraditórias ou coincidentes com a declaração prestada em julgamento. Se contraditórios importa ressaltar a admissão flexível das declarações, pois a credibilidade da testemunha está em causa³⁷⁸.

As manifestações fora do tribunal, também são uma exceção ao *hearsay rules*, porque no sistema americano temos a *preliminar examination* que serve como uma espécie de cautelar preparatório ao julgamento podendo ser recebida como prova original. Por se tratar de uma excepcionalidade há critérios adicionais de segurança além do juramento, imediação e contrainterrogatório. O primeiro é a garantia de confiabilidade, isto é, reunir condições reflexas e acessórias para dar ao julgador um suporte confiável, ao lado desse critério temos a necessidade, ou seja, a minguada de outras provas esta é a única que nos resta³⁷⁹.

No Brasil o art. 155 do código de processo penal estabelece que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Sinaliza um sistema de liberalização das provas sem dar-lhe um parâmetro. Assim, de forma marginal o tema do depoimento indireto é tratado no Brasil.

³⁷⁵GÖSSEL, 1992, p. 418.

³⁷⁶FILHO, 2010, p. 102-103.

³⁷⁷Ibid., p. 104.

³⁷⁸MESQUITA, 2011, p. 389-393. Aqui o que entra como uma espécie de depoimento indireto é a declaração prestada extraprocessualmente.

³⁷⁹FILHO, 2010, p. 114-129.

Este artigo do código de processo penal brasileiro reverencia o sistema da livre apreciação da prova dando um sentido mais proeminente na atividade judicial, mas atrelado pelo contraditório, isto é, confere as partes um status de contribuinte do veredicto final³⁸⁰. Logo, o contraditório neste artigo garante a *cross examination* no processo penal brasileiro.

Também é possível extrair deste artigo que o depoimento direto é a regra, tanto que não pode condenar uma pessoa baseada apenas nas investigações realizadas no inquérito policial. Mas, tal regra também comporta exceção quando as provas obtidas no inquérito não puderem ser repetidas ou antecipadas. Isto significa que somente será valorada se não houver outros meios e como se trata de uma excepcionalidade a sua valoração deverá ser com cautela. E o particular que relatou o que ouviu dizer de uma testemunha que veio a falecer antes de ser ouvida no processo? Ora, como goza de menos legitimidade que os documentos e depoimentos colhidos no inquérito, visto que aquele é fruto da atividade estatal (princípio da veracidade dos atos administrativos), é possível argumentar que não é possível de valoração. Por outro lado, como não há uma previsão que impeça o juiz de valorar esta excepcionalidade poderá ser feita em virtude do princípio da verdade real, mas com cautela e só poderá condenar exclusivamente no depoimento indireto quando faltar outras provas.

Ademais, o artigo 209, § 1º do código de processo penal brasileiro estabelece que o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes e se parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

Isto revela uma excessiva discricionariedade do julgador em nome do livre convencimento, pois podem chamar a depor as testemunhas originais e conhecedoras do fato, ou ainda testemunhas que pudessem levar ao encontro da fonte da informação³⁸¹.

Mas, como já nos referimos pela lógica do art. 155, uma condenação baseada no depoimento indireto deve ser visto com cautela, sendo, portanto, temerário ao juiz agir com extrema discricionariedade ao ponto de não chamar as testemunhas que as outras se referiram e condenar, cabendo recurso argumentando em princípio a falta de provas e violação do princípio da presunção de inocência.

³⁸⁰FILHO, 2004, p. 345-346.

³⁸¹Ibid., p. 356.

5.3 Mecanismos de proteção dos jurados

A Constituição portuguesa prevê no art. 206º, n. 1 que o júri, nos casos e com a composição que a lei fixar, intervém no julgamento dos crimes graves, salvo os de terrorismo e os de criminalidade altamente organizada, designadamente quando a acusação ou a defesa o requeiram. Assim, trata de uma faculdade das partes, enquanto no Brasil não se discute a sua faculdade, a Constituição brasileira simplesmente diz no art. 5º, XXXVIII que a competência do Tribunal do Júri será cabível nos crimes dolosos contra a vida (homicídio; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio; infanticídio; aborto).

Nos Estados Unidos o acusado tem o direito de renunciar ao julgamento do júri, optando pelo juiz singular e também possuem a prerrogativa de uma denúncia mais branda em troca de uma admissão de culpa, isto é quase sempre aceito pelo juiz fazendo com que o número de ofensas criminais que vão efetivamente ao julgamento seja menor do que o número de casos que chegam ao conhecimento da justiça (ARAÚJO; ALMEIDA, 1996, p. 211)³⁸².

O código de processo penal português estabelece a competência do júri no art. 13º, n. 1, 2, 3 e 4 devendo a intervenção do júri ser requerida pelo Ministério Público, ou assistente ou o arguido no que respeita a crimes previstos no título III (crimes contra a identidade cultural e integridade pessoal) e no capítulo I do título V (crimes contra a segurança do Estado) do livro II do código penal e na lei penal relativa às violações do direito internacional humanitário para crimes cuja pena máxima, abstratamente aplicável, for superior a oito anos de prisão. E, uma vez requerido o júri será irretroatável. Não há procedimento próprio do Tribunal do Júri, por isso podemos aplicar as regras gerais de proteção contra a influência midiática visto nos itens anteriores e no item a seguir.

Situação diversa é o Tribunal do Júri no Brasil, porque possui um procedimento próprio previsto no livro II, capítulo II do código de processo penal, portanto além dos mecanismos de proteção gerais já estudados por nós em itens anteriores e também o que veremos no item a seguir, temos devido a sua peculiaridade mecanismos próprios de proteção que merecem destaque neste item comparado com o sistema do júri dos Estados Unidos.

Nos Estados Unidos, ao contrário do Brasil, há um amplo debate doutrinário e jurisprudencial a respeito dos efeitos prejudiciais que um julgamento midiático possa

³⁸²ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Ricardo R. O Tribunal do júri nos Estados Unidos: sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p.200-216, jul./set. 1996, p. 211.

causar sobre o resultado do julgamento. A longevidade da discussão que data desde 1807 (Caso Aaron Burr: foi o primeiro precedente que destacou a importância do júri imparcial, no qual o presidente da *United States Circuit Court of Richmond* submeteu o corpo de jurados ao *Voire Dire*), deve-se a dois fatores: O primeiro diz respeito à tradição do júri nos Estados Unidos considerados mais influenciáveis pela mídia que os juízes togados. O segundo fator é a existência do *Contempt of Court* que se consubstancia em um conjunto de regras cunhadas em precedentes judiciais ou instituídas por lei que conferem poderes aos juízes e tribunais para que reprimam atitudes consideradas desrespeitosas ou que interfiram na condução do processo mesmo que praticados fora do tribunal ou dentro de uma sala de audiência³⁸³.

Além disso, há cinco mecanismos de controle da mídia: 1 – *Voir dire*: É um procedimento no qual os jurados são questionados sobre a causa e caso seja tendenciosa ele será eliminado do corpo de jurados. 2 – *Continuance*: É um simples atraso no julgamento baseado na premissa de que o interesse da mídia na causa irá diminuir e com isso os jurados esquecerão dos detalhes expostos por ela. 3 – *Change of venue*: Consiste em mudar de local o julgamento para outro onde a mídia tenha menos interesse em dar cobertura. 4 – *Sequestration*: Trata-se de isolar o júri para não serem expostos a uma informação prejudicial implantada pela mídia. 5 – *Jury instructions*: O juiz determina aos jurados para ignorar a cobertura da mídia³⁸⁴.

Como a atuação da mídia configura às vezes o *Contempt of Court* ou algum outro mecanismo reativo as causas que chegam à Suprema Corte debatem a questão do *free press v. fair trial*.

Os precedentes podem ser agrupados em quatro critérios: 1) Casos em que a ampla publicidade comprometeu a imparcialidade do júri tendo como consequência a anulação do julgamento. 2) Casos de anulação do *Contempt of Court* pela Suprema Corte quando decretadas por juízes e tribunais inferiores aos jornalistas atingindo a liberdade de expressão. 3) Casos em que foi discutida a constitucionalidade da proibição de veiculação das informações por parte da mídia (*injunction of prior restraint*), pois seu efeito corresponde a uma censura prévia, assim seu tratamento é extremamente rigoroso pela Suprema Corte gozando de forte presunção de inconstitucionalidade. 4) Casos que envolvem medidas judiciais que buscam impedir que fatos relacionados com o julgamento cheguem ao conhecimento da mídia por meio de proibições tais como o de acesso à sala de

³⁸³SCHREIBER, 2008, p. 269-270.

³⁸⁴SURETTE, 2007, p. 142.

audiência, acesso aos autos do processo, proibição das partes e dos advogados de divulgar informações contidas no processo (*gag orders*)³⁸⁵.

O procedimento do Tribunal do Júri no Brasil possui duas fases: a primeira serve para admitir ou não a acusação, presidida por um juiz singular que funciona semelhante ao juiz de instrução do ordenamento jurídico português e a segunda será o julgamento perante o Plenário do Júri, isto é, pelos jurados no qual o juiz togado apenas organiza a sessão e fixa a pena em caso de condenação pelo corpo de jurados. As peculiaridades que ensejam o mecanismo de proteção diferenciado recaem na segunda fase para proteger a imparcialidade dos jurados, por isso esta fase será o objeto do nosso estudo neste item.

O juiz encerrará a primeira fase caso entenda realmente ser processo de competência do júri com a decisão de pronúncia, isto é, o juiz fundamentadamente pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação limitando-se à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação (sob pena de excesso de linguagem), devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena (art. 413 do código de processo penal).

Um dos primeiros mecanismos de proteção é o pedido de desaforamento previsto no art. 427 estabelecendo que se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas. Será ouvido o juiz presidente, quando a medida não tiver sido por ele solicitada (art. 427, § 3º). Na pendência de recurso contra a decisão de pronúncia ou quando efetivado o julgamento, não se admitirá o pedido de desaforamento, salvo, nesta última hipótese, quanto a fato ocorrido durante ou após a realização de julgamento anulado (art. 427, § 4º).

Trata-se do *Change of venue* previsto nos Estados Unidos, contudo tal instituição é inidônea, porque na maior parte das vezes a repercussão é nacional. Ademais, em geral é dificilmente concedida quando a parte pede em razão da ampla divulgação nos meios de comunicação local. Neste sentido decisão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil:

³⁸⁵SCHREIBER, 2008, p. 272.

O desaforamento é medida excepcional que altera a competência territorial, fazendo-se necessária para tanto que estejam presentes concretamente uma das hipóteses previstas no art. 427 do CPP, quais sejam: o interesse da ordem pública, a imparcialidade do júri e o risco à segurança pessoal do acusado. Os elementos acostados aos autos - matéria jornalística - não têm concretude suficiente a fim de se concluir sobre eventual interferência no ânimo dos jurados, de modo a colocar em dúvida a imparcialidade do Conselho de Sentença. A opinião do magistrado singular, que não apontou nenhuma circunstância que pudesse acarretar dúvida relativa à parcialidade do júri, possui papel relevante na análise da necessidade de desaforamento, por emitir o posicionamento daquele que se encontra mais próximo aos fatos. Habeas corpus não conhecido (HC - 214914).

Poderá ainda dentro do desaforamento, desde que relevantes os motivos alegados a suspensão do julgamento pelo júri fundamentado pelo relator (art. 427, § 2º). É a possibilidade de postergação do julgamento (*Continuance*) não impondo qualquer restrição à liberdade de expressão, mas interfere no direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição brasileira) e a questão da prescrição que não seria interrompida por ausência de lei neste sentido, por isso deve ser ponderado com cautela pelo juiz. De qualquer forma, isso não obstará de a mídia retornar com a cobertura prejudicial³⁸⁶.

Pelo menos este remédio amenizaria o problema, pois o fato de levar o réu no auge de uma campanha midiática é levá-lo a um linchamento simbólico no qual os ritos e as fórmulas processuais dariam apenas a aparência de justiça³⁸⁷.

Resolvido às questões incidentais prossegue o feito marcando o juiz o dia do julgamento, o sorteio e convocação dos jurados e a composição do Tribunal do Júri formado por um juiz togado, seu presidente e por vinte e cinco jurados que serão sorteados dentre os alistados, sendo que sete destes constituirão o Conselho de Sentença (art. 477).

Comparecendo, pelo menos, quinze jurados, o juiz presidente declarará instalados os trabalhos, anunciando o processo que será submetido a julgamento (art. 463). Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades (art. 466). O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa (art. 466, § 1º).

Nos Estados Unidos é a figura do sequestro de jurado (*Sequestration*) visto de forma restritiva, ao contrário do Brasil onde isto é a regra, porque ao impedir que os

³⁸⁶SCHREIBER, 2008, p. 388-389.

³⁸⁷VIEIRA, 2003, p. 251-252.

jurados conversem entre si visa assegurar que cada jurado seja guiado por sua própria consciência. Além disso, no Brasil os jurados são impedidos de ter contato com o mundo exterior, ou seja, ficam proibidos de ter contato com os meios de comunicação o que implica em um sacrifício dos jurados especialmente nos casos complexos em que o julgamento pode se estender por vários dias³⁸⁸.

O problema é que o julgamento midiático ocorre paralelamente ao do Poder Judiciário, logo antes de formar o Conselho de Sentença os jurados já possuem uma opinião acerca da questão de modo que a incomunicabilidade torna-se apenas um procedimento formal para assegurar a imparcialidade dos jurados.

À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até três cada parte, sem motivar a recusa (art. 468).

Assim, enquanto no Brasil a recusa é imotivada, ou seja, baseia-se em sentimentos de ordem pessoal (uma adivinhação das partes acerca dos preconceitos que os jurados possam ter). Nos Estados Unidos temos o questionário e instrução dos jurados (*Voir dire*) que é uma audiência prévia em que o juiz e eventualmente as partes fazem perguntas aos jurados para aferir seu perfil ideológico, selecionando-os para afastar o que houver de ilegítimo em seus preconceitos³⁸⁹.

Na tradição da *common law* esta capacidade foi sintaticamente formulada como uma atitude mental de adequada imparcialidade (*mental attitude of appropriate indifference*). Trata-se de uma capacidade judicante não técnica, mas eminentemente moral daí a importância de procurar estabelecer o perfil dos jurados³⁹⁰.

Contudo, mesmo se o Brasil adotasse o modelo dos Estados Unidos seria impossível que as pessoas não tivessem contato com a cobertura jornalística nos casos de grande repercussão que cria um veredito já antecipado acerca do caso.

Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: “Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça”. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: “Assim o prometo” (art. 472). Trata-se de um lembrete para tentar formar um sentimento de justiça em comum aos jurados, mas infelizmente não há um aviso de que o

³⁸⁸SCHREIBER, 2008, p. 389.

³⁸⁹Ibid., p. 386.

³⁹⁰ARAÚJO; ALMEIDA, 1996, p. 212-213.

seu veredicto deve ser pautado na razão e apenas nas provas apresentadas durante o julgamento.

Este juramento também corresponderia ao *Voir dire*, pois depois de selecionados os jurados o juiz instruirá para que não leiam jornais, vejam televisão, conversem com terceiros, esclarecendo que o veredicto deve ser pautado apenas nas provas admitidas no processo³⁹¹.

O juiz presidente terá o poder de polícia (art. 497, I) podendo advertir ou determinar a saída de quem esteja perturbando o andamento dos trabalhos e até mesmo prender o desobediente.

Mas, não poderá realizar a audiência de portas fechadas, segundo Vieira, porque devido às características peculiares desse órgão que está relacionada diretamente com as pessoas do povo o que traduz na publicidade do julgamento³⁹².

Tanto o público quanto os meios de comunicação têm direito de acesso à sala de audiência, mas a possibilidade de os jornalistas assistirem o desenvolvimento do júri para relatar e divulgar os atos judiciais não implica que sejam obrigatoriamente admitidos devendo ser compatíveis com a garantia do réu e a dignidade da magistratura, a boa ordem dos trabalhos e as finalidades do processo penal³⁹³.

Além disso, a divulgação do júri pela imprensa televisiva cria o risco de que o processo se perca aos olhos do público a sua característica de exame aprofundado do caso para um espetáculo de reações imediatas e passionais³⁹⁴.

Nos Estados Unidos se ocorrer um o desrespeito na presença do juiz ou na sala de audiência temos o *direct contempt* (uma espécie de *Contempt of Court*) podendo o juiz em determinados casos agir sumariamente perdurando até que a parte se retrate ou mude seu comportamento. Em outros casos há a instauração de procedimento para apurar a responsabilidade³⁹⁵.

As provas utilizadas serão a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa e acusação e os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente. Além disso, as partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às

³⁹¹SCHREIBER, 2008, p. 386.

³⁹²VIEIRA, 2003, p. 231-232.

³⁹³Ibid., p. 233-234.

³⁹⁴Ibid., p. 236.

³⁹⁵SCHREIBER, 2008, p. 271.

provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis (art. 473). Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte (art. 479). Se a verificação de qualquer fato, reconhecida como essencial para o julgamento da causa, não puder ser realizada imediatamente, o juiz presidente dissolverá o Conselho, ordenando a realização das diligências entendidas necessárias (art. 481).

Com frequência os juízes e tribunais permitem que a confissão do acusado em entrevista dada à imprensa seja utilizada na sessão do júri por meio da leitura dos jornais ou exibição do conteúdo de uma reportagem, desde que tenham sido levadas ao conhecimento da parte contrária no prazo previsto no art. 479. Todavia, muitas vezes essas confissões colhidas pela mídia são por ela induzidas ou captadas por meio da câmera oculta, por isso não podem ser usadas indiscriminadamente no Tribunal do Júri podendo configurar prova ilícita³⁹⁶.

Apesar de que em tese nada obstará sua exibição se a prova for ilícita ainda assim defendemos que o juiz deve indeferir-la, pois a matéria jornalística tem uma verdade própria diferente da verdade processual, ou seja, o seu modo de reconstruir os fatos e a sua forma de ligar emocionalmente os espectadores com a notícia transformaria o júri em um espetáculo, pois, por exemplo, pode ser o caso de um homicídio amparado por uma causa de justificação (excludente de ilicitude) e a notícia ter sido construída no sentido de afastá-la como a defesa conseguiria se impor diante do aparato midiático que possui uma grande credibilidade perante as pessoas comuns? Além disso, poderia em caso de condenação também influenciar no ânimo do juiz presidente na hora de realizar a dosimetria da pena condenando o réu com muita severidade.

Poderia argumentar que a nossa posição representaria um cerceamento do direito a prova, mas não se pode esquecer que o padrão jornalístico da cobertura de fatos criminais é simplificador, parcial, apresenta versões como verdades inquestionáveis, não propicia o debate das questões envolvidas, veicula opiniões como se fosse algo meramente informativo, etc. Ademais, a instrução levada a efeito no plenário do júri é concentrado, por isso não proporcionaria tempo para amadurecer as questões levantadas pela mídia e também diminuiria a visibilidade das provas produzidas na fase inicial do procedimento do júri sob o crivo do contraditório.

³⁹⁶VIEIRA, 2003, p. 238-239.

De nada adiantaria aplicar a incomunicabilidade dos jurados para não ter contato com a publicidade opressiva se o material produzido pela imprensa com base em uma campanha midiática for admitido no processo prejudicando as demais provas que foram produzidas sob o contraditório³⁹⁷.

Vieira, ao contrário do que é defendido por nós, possui uma visão mais tolerante acerca da descrição dos fatos, da captação da imagem do local do crime, das entrevistas feitas aos vizinhos da vítima ou do acusado que dão opinião sobre o seu caráter carregadas de sensacionalismos, porque são lícitas, logo o problema desloca-se para a sua valoração. Mas, se as fitas forem editadas deixando de lado a verdade processual para guiar-se mais para o entretenimento do público telespectador, então será ilícita³⁹⁸.

Com a devida *venia* mesmo toda notícia com o teor de sensacionalismo deverá ser considerada prova ilícita, porque fere o princípio da presunção de inocência e a verdade processual atingindo sempre a imparcialidade dos jurados que votam sem a necessidade de motivar e não possuem preparo técnico para fugir da influência midiática.

Sobre esta problemática da admissibilidade das provas devemos destacar que o júri nos Estados Unidos é profundamente adversarial, sendo as partes livres para produzir as provas cabendo ao juiz zelar pela *fairness* dos procedimentos aplicando a *law of evidence* que é um extenso e detalhado conjunto de normas costumeiras e legais que rege a admissibilidade e relevância das provas oferecidas à apreciação no tribunal³⁹⁹.

Encerrado a instrução e os debates o Conselho de Sentença passará para a votação sigilosa (art. 5º, XXXLVIII, b da Constituição) sendo redigido pelo juiz presidente em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão levando em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes (art. 482, parágrafo único). As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos (art. 489). Em seguida o juiz presidente proferirá a sentença (art. 492).

O sigilo das votações tem como objetivo garantir ao juiz leigo a tranquilidade para a votar de acordo com sua consciência, pois não raras vezes determinando julgamento atraindo multidões ao plenário do júri, por essa razão há a necessidade de se retirar para meditar

³⁹⁷SCHREIBER, 2008, p. 391-392.

³⁹⁸VIEIRA, 2003, p. 242-245.

³⁹⁹ARAÚJO; ALMEIDA, 1996, p. 209.

acerca do veredicto, pois público é o julgamento e não a íntima convicção dos jurados (FILHO, 2008, p. 33-34)⁴⁰⁰.

Nos Estados Unidos o julgamento, por sua vez, concluída a apresentação das provas e os debates, o júri só decidirá após extensas deliberações a portas fechadas podendo consumir algumas horas ou vários dias, porque a decisão deve ser unânime e quando isso não acontece obriga o juiz a convocar novo julgamento⁴⁰¹.

A votação por maioria é uma vantagem do sistema brasileiro com relação dos Estados Unidos, porque este acaba realizando um novo debate entre os jurados, e caso algum deles tenha uma boa oratória capaz de influenciar todo o corpo de jurados os demais irão guiar-se inconscientemente de acordo com a vontade daquele. Mas, unânime ou não o fato é que isso não obstará a influência da mídia, porque muitas vezes o julgamento midiático é anterior à existência formal do inquérito policial e só aumenta à medida que se aproxima do dia do julgamento.

O juiz leigo decide por íntima convicção sem fundamentar seu veredicto, sendo que a imprescindibilidade de exposição das razões que levará à decisão é imposta apenas aos juízes togados. Aos integrantes do Conselho de Sentença, basta que responda sim ou não aos quesitos formulados pelo juiz-presidente. Logo, os jurados não se obrigam às provas do processo e a verdade obtida na instrução da sessão plenária podendo agir com absoluta liberdade de consciência para proferirem seus votos. No entanto, essa liberdade não os exime de decidir com imparcialidade⁴⁰².

O princípio da soberania do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, c) não implica em uma decisão onipotente e arbitrária, porque evidentemente não se admite que o júri possa proferir decisão contrária à lei ou a prova dos autos. Mas, isso não significa a possibilidade de substituir o veredicto popular por um colegiado togado, desta forma o que ocorre é apenas um novo julgamento⁴⁰³.

Assim, caberá apelação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos e o tribunal *ad quem* se convencer disto, dando-lhe provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação (art. 593, § 3º). O problema permanece, pois em um julgamento midiático quem

⁴⁰⁰FILHO, Mario Rocha Lopes. **O tribunal do júri e algumas variáveis potenciais de influência**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 33-34.

⁴⁰¹ARAÚJO; ALMEIDA, 1996, p. 213-214.

⁴⁰²VIEIRA, 2003, p. 246-247.

⁴⁰³FILHO, 2008, p. 21-22.

mais fica afetado é o público de tal modo que será apenas uma postergação daquilo que a mídia implantou na opinião pública.

Como, então garantir a imparcialidade dos juízes leigos quando os meios de comunicação interferem no ânimo dos jurados? Embora o desaforamento, a incomunicabilidade dos jurados, o juramento para desempenharem com imparcialidade, o sigilo das votações e a possibilidade de um novo julgamento sejam garantias para impedir a influência da mídia na independência dos juízes leigos nenhuma delas resolve o problema. Isto nos levar a indagar a seguinte questão e que permanecerá em aberto: O Tribunal do Júri no Brasil será sempre inafastável, porque é visto como um direito fundamental do ser humano. Mas, que direito fundamental é este que muitas vezes é uma forma ritualizada de linchamento simbólico pelas massas?

5.4 Outros mecanismos de proteção

Neste item não vamos tratar de formular políticas públicas, mas de propostas para uma possível atuação nos tribunais ora em Portugal, ora no Brasil visando assegurar o direito a um juiz imparcial, assim trataremos a respeito das medidas para proteger o direito de personalidade, o deslocamento da competência do tribunal em Portugal, a questão do juiz suspeito, a punição do jornalista que quebra o sigilo judicial e por fim a importância da motivação das decisões para o recurso judicial.

O primeiro mecanismo de proteção que vamos destacar é o direito de resposta para proteger o direito de personalidade de modo a evitar o abuso da mídia em seu direito à informação e a possível formação de uma opinião pública desfavorável ao acusado, minimizando a influência negativa da mídia sobre o juiz. Com relação ao direito de resposta já decidiu o Supremo Tribunal Federal no Brasil:

(1) Neutralização de excessos decorrentes da prática abusiva da liberdade de comunicação jornalística, (2) proteção da autodeterminação das pessoas em geral e (3) preservação/restauração da verdade pertinente aos fatos reportados pelos meios de comunicação social. O direito de resposta/retificação como tópico sensível e delicado da agenda do sistema interamericano: a convenção americana de direitos humanos (artigo 14) e a opinião consultiva nº 7/86 da corte interamericana de direitos humanos. A oponibilidade do direito de resposta a particulares: a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Necessária submissão das relações privadas ao estatuto jurídico dos direitos e garantias constitucionais (RE – 136861).

O excesso de linguagem durante o julgamento midiático afeta a presunção de inocência em sentido impróprio cabendo em tese no âmbito civil do direito brasileiro a ação da obrigação de não fazer com pedido de liminar tendo em vista o caráter emergencial da matéria para prevenir mais ataques⁴⁰⁴.

Não seria censura prévia, pois visa apenas cessar a campanha midiática já em andamento contra o acusado juntamente com a possibilidade de exercer o direito de resposta. Essa seria uma forma de minimizar a formação de uma opinião pública, mas caso não adiantasse restaria aplicar os artigos do direito penal que tutelam a honra observada a exceção da verdade.

De qualquer modo, uma lei que limitasse a liberdade de expressão não teria muita eficácia social, especialmente no Brasil, diante da argumentação dos meios de comunicação que acusaria de censura prévia imposta pelo Poder Legislativo para possibilitar que o Poder Judiciário realizasse a justiça de “portas fechadas”⁴⁰⁵.

Como a censura prévia em um país democrático é uma excepcionalidade, o juiz inevitavelmente saberá por meio da imprensa do fato criminoso. Isso muitas vezes ocorre antes do juiz ter contato com a causa ou até mesmo antes da instauração do inquérito policial.

Por isso, é importante à proteção da personalidade no âmbito civil e criminal para garantir minimamente a proteção do processo contra a influência indevida da mídia que cria um ambiente de julgamento midiático afetando o juiz em sua imparcialidade, podendo resultar em uma condenação injusta ou uma pena demasiadamente severa ao acusado (ROXIN, 1999, p. 77)⁴⁰⁶.

Com relação ao deslocamento do tribunal é possível sustentar quando a imprensa sensacionalista suscita a emoção na opinião pública criando um clima de animosidade desfavorável ao acusado no qual o juiz não pode escapar do clamor público agindo, mesmo que inconscientemente, a orientar seu convencimento de acordo com as expectativas generalizadas⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴Entendemos que como se trata de uma proposta nova dificilmente pelo menos em princípio teria respaldo nos tribunais, pois o Brasil é uma jovem democracia, por isso as instituições tendem a buscar respaldo perante a opinião pública. Ademais, como uma boa parte da história republicana no Brasil foi marcada por ditaduras fica difícil defender qualquer limitação à liberdade de expressão.

⁴⁰⁵SOUZA, 2010, p. 296.

⁴⁰⁶ROXIN, Claus. El proceso penal y los medios de comunicación. **Revista del Poder Judicial**, Madrid, n. 55, p.73-93, 1999, p. 77.

⁴⁰⁷ROXIN, 1999, p. 78.

O código de processo penal brasileiro forjado durante a ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas não contemplou nenhuma hipótese de deslocamento de competência quando se trata de juiz togado, porque a imprensa era submissa ao Poder Executivo (não existia liberdade de expressão durante a ditadura) e quando terminou este período da história do Brasil o problema permaneceu nas margens da discussão legislativa e doutrinária.

Já em Portugal é possível deslocar a competência com base no art. 37º, al. a, b, c do código de processo penal ao estabelecer que em virtude de graves situações locais idôneas a perturbar o desenvolvimento do processo de modo a dificultar gravemente o exercício da jurisdição, ou for de recear grave perigo para a segurança ou tranquilidade pública, ou a liberdade de determinação dos participantes no processo se encontrar gravemente comprometida à competência será atribuída a outro tribunal da mesma espécie e hierarquia onde a obstrução previsivelmente não se verifique e que se encontre o mais próximo possível do obstruído.

Nesses casos, e por intervenção de regras previamente estabelecidas e precisas (que afastam a possibilidade de recurso a tribunais ad hoc para o julgamento de uma determinada causa), pode estabelecer-se que a justiça que ao Estado incumbe pode ser seriamente ameaçada por causas locais de perturbação, pelo que há que possibilitar a isenção das decisões, ainda que seja através de desvios de competência, sem que se possa falar de violação do princípio da proibição de desaforamento, mas antes de prevenir exactamente o perigo que esse princípio visa obviar - uma justiça viciada por factores estranhos e perversos (Superior Tribunal de Justiça de Portugal, proc. n. 03P3568).

Contudo, não seria a solução ideal tanto do ponto de vista prático quanto teórico, porque na prática a informação vinculada pelos meios de comunicação é capaz de atingir até o lugar mais ermo, embora consiga solucionar quando a divulgação fique restrita de alguma forma àquela localidade. E, do ponto de vista teórico temos a dificuldade de comprovar concretamente a influência dos juízes pelos meios de comunicação⁴⁰⁸.

A solução mais radical para proteger o processo seria punir toda manifestação que pudesse influir na resolução do processo. O mais conhecido é o *Contempt of Court* do direito anglo-saxão segundo o qual punirá a publicação de um processo pendente quando procurar influenciar o tribunal. Seria o caso de um delito de perigo concreto que também está previsto no Direito Austríaco⁴⁰⁹.

A seção 23 do *Austrian Media Act* estabelece a proibição de discutir após o indiciamento e antes do julgamento em primeira instância em procedimento criminal o

⁴⁰⁸ROXIN, 1999, p. 78.

⁴⁰⁹Ibid., p. 79-80.

possível resultado desses procedimentos ou o valor das provas produzidas capaz de influenciar no resultado de modo que será punido com pena de multa quem desobedecer tal proibição. Trata de impedir as sobreposições das diferentes formas de verdade: a midiática e a processual.

Portugal de forma similar ao sistema austríaco cuidou desta matéria em âmbito penal punindo por desobediência simples quem infringir as regras do processo penal que restringe a publicidade dos meios de comunicação social (art. 88º).

No Brasil a questão do juiz suspeito tem por base o princípio da imparcialidade que é uma garantia implícita da Constituição e ademais está prevista de modo explícito no Pacto de São José da Costa Rica ao prever no art. 8º que toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. E, sendo o Brasil um dos seus signatários deverá cumpri-lo com status de norma supralegal.

Tal entendimento de status supralegal do Pacto de São José da Costa Rica decorre do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 349703 que considerou os tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores ao § 3º do art. 5º da Constituição um status de posição superior à legislação infraconstitucional, mas inferior a Constituição.

Ademais, o art. 5º, § 2º da Constituição diz que os direitos e garantias expressos nela não excluirão outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais do qual o Brasil seja parte.

Portanto, é necessária uma releitura da previsão de suspeição prevista no art. 254, inc. I do código de processo penal brasileiro para conferir de fato sua aplicação. Assim, mesmo sendo um rol taxativo, devemos conferir uma interpretação mais alargada para aplicar em toda sua dimensão o princípio constitucional da imparcialidade ao processo penal. Portanto, o termo “amizade” (art. 254, I do código de processo penal) deve significar também um íntimo envolvimento emocional do juiz com a causa fruto da opinião pública ou pressão midiática gerando uma grave e séria desconfiança acerca de sua imparcialidade.

Poderia ser visto também como uma nova forma de conceito de excesso de linguagem. Este termo cunhado pela jurisprudência brasileira de *lege ferenda* diz respeito à falta de imparcialidade do juiz que na decisão de pronúncia aprecia o mérito da questão de

forma a adentrar na competência dos jurados influenciando-os indevidamente. Assim, de acordo com este novo entendimento propomos um alargamento do conceito para todos os procedimentos e decisões criminais. O Supremo Tribunal Federal do Brasil já lidou com esta questão:

O reconhecimento do vício do excesso de linguagem reclama a verificação do uso de frases, afirmações ou assertivas que traduzam verdadeiro juízo conclusivo sobre a participação do acusado no crime objeto da denúncia, de maneira a influenciar os jurados futuramente no julgamento a ser realizado. Veda-se, portanto, a eloquência acusatória, por extrapolar o mero juízo de admissibilidade da acusação, invadindo a competência do Conselho de Sentença (RMS – 24479).

Sabemos da dificuldade de aplicação deste instituto na prática dentro da decisão de pronúncia de modo que a aplicação desse termo seria ainda mais difícil em outros procedimentos e decisões. Há uma decisão do Superior Tribunal de Justiça no qual a parte em sede de *Habeas Corpus* tenta usar o termo “excesso de linguagem” em outra decisão distinta da pronúncia, porém não logra êxito:

O clamor público ou a necessidade de resguardar a credibilidade da Justiça, como bem lembrou o ilustre representante do Parquet Federal, não são motivos, por si sós, aptos à decretação da prisão preventiva sob o pálio da garantia da ordem pública; todavia, se esses fundamentos estiverem aliados à gravidade concreta do delito, perceptível pela forma como foi conduzido e realizado, então estará mais do que satisfeita a exigência legal. (...) Não há excesso de linguagem na decisão que recebeu a denúncia, pois as adjetivações utilizadas apenas serviram para embasar a necessidade da custódia cautelar (HC – 110175).

Entendemos que o uso do termo “clamor público” para fundamentar qualquer medida coercitiva potencialmente viola os princípios da presunção de inocência, imparcialidade e verdade processual, pois transporta a carga emotiva da opinião pública e dos meios de comunicação para o processo preponderando à verdade midiática tornando o juiz suspeito de ter um envolvimento emocional com a causa. Resta saber se esse envolvimento é sério e grave capaz de gerar uma desconfiança acerca de sua imparcialidade.

No código de processo penal português a situação é bem menos dramática ao prever no art. 43º que a intervenção de um juiz no processo pode ser recusada quando correr o risco de ser considerada suspeita, por existir motivo, sério e grave, adequado a gerar desconfiança sobre a sua imparcialidade. Logo, da forma como está descrita na lei ela confere uma discricionariedade para decidir caso a caso o que seria o conceito de “juiz suspeito”. Neste sentido, acórdão do Tribunal Constitucional n. 2909/08-1:

O artigo 6º, nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Direito a um processo equitativo) estabelece garantias das quais ressalta a “imparcialidade”, enquanto elemento “constitutivo e essencial” da noção de Tribunal. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem vindo a desenvolver jurisprudência concretizadora do conceito de “tribunal imparcial” que assenta numa dupla ordem de considerações; de uma perspectiva subjectiva, relativamente à convicção e ao pensamento do juiz numa dada situação concreta, não podendo o tribunal manifestar subjectivamente qualquer preconceito ou prejuízo pessoais, sendo que a imparcialidade pessoal do juiz se deve presumir até prova em contrário. Numa perspectiva objectiva da imparcialidade exige que seja assegurado que o tribunal ofereça garantias suficientes para excluir, a este respeito, qualquer dúvida legítima. Também o Tribunal Constitucional vem a reconhecer aquelas vertentes do conceito “imparcialidade”, na consagração constitucional do princípio do acusatório e do princípio do processo justo e equitativo.

A questão da recusa de juiz apesar de não estar relacionado diretamente com os meios de comunicação confere uma proteção quando o juiz reage diante da emissão de um informe pela mídia recaindo dúvidas legítimas acerca de sua imparcialidade⁴¹⁰.

Com relação à questão do jornalista que quebra sigilo judicial. No Brasil os artigos, 153, 325 e 330 do código penal cuidam deste tema. Assim, responderá pelo o crime de divulgação de segredo prevista no art. 153, § 1º-A aquele que divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública. Neste caso o bem jurídico é a liberdade individual de ter protegido os seus segredos dos quais somente a Administração Pública pode ter acesso e não a honra ou os atos judiciais, além disso, somente incidirá nesta punição se o sigilo for definido em lei e como na maior parte das vezes o sigilo judicial é decretado discricionariamente pelo juiz sobrar o crime de desobediência (art. 330). Quando o agente público revela fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação responde pelo art. 325. Trata-se da violação de sigilo funcional, cujo bem jurídico protegido é a Administração Pública em geral e não especificamente dos atos judiciais. Ademais, o agente terá que ser funcionário público e o jornalista saber dessa condição para responder como coautor do crime⁴¹¹.

Em Portugal encontramos no código penal o art. 371º, n. 1 que tutela o bem jurídico da realização da justiça, portanto protege o direito a um juiz imparcial, punindo

⁴¹⁰ROXIN, 1999, p. 85.

⁴¹¹Não podemos esquecer de que todos os intervenientes do processo ficam vinculados ao sigilo de modo que responderão penalmente caso prestarem informações para o jornalista (vide item 5.1).

aquele que independentemente de ter tomado contato com o processo, ilegitimamente der conhecimento, no todo ou em parte, do teor de ato de processo penal que se encontre coberto por segredo de justiça, ou a cujo decurso não for permitida a assistência do público em geral, salvo se outra pena for cominada para o caso pela lei de processo. Assim, sua aplicação é subsidiária podendo recair em qualquer pessoa.

Por fim, temos a possibilidade de recurso judicial no caso de falhar todos esses mecanismos de proteção. Logo, a fundamentação da decisão é imprescindível para averiguar quais os critérios técnicos e valorativos foram usados.

O conceito de livre apreciação da prova para fundamentar a decisão confere poder ao julgador para livremente chegar a uma íntima convicção, mas naturalmente não pode ser um poder ilimitado do julgador, porque é insustentável tal poder absoluto à luz dos princípios do Estado de Direito moderno (MATTA, 2004, p. 251-252)⁴¹².

Trata de uma garantia do processo penal para assegurar a legitimidade das decisões judiciais, pois retrata a efetiva participação das partes no momento da formação da decisão judicial da causa de modo a viabilizar a imparcialidade do juiz e o respeito ao devido processo penal (FREITAS, 2010, p. 274)⁴¹³.

O significado constitucional do dever de motivação das decisões judiciais dentro da perspectiva endoprocessual seria: a) facilitar a impugnação da decisão, quando as partes, conhecendo os motivos que levaram o julgador a decidir de tal maneira que possibilite formular sua impugnação para o tribunal superior; b) o tribunal *ad quem*, por sua vez, diante de uma sentença bem fundamentada, pode formular melhor sua decisão, pois, irá ter os fundamentos adotados pela sentença recorrida⁴¹⁴.

Logo, a obrigação de motivar as sentenças surge como elemento legitimador do Estado Democrático uma vez que o exercício da jurisdição é considerado válido sempre que fundamentado adequadamente de modo racional, hábil a proporcionar o conhecimento das razões adotadas pelo órgão judicial⁴¹⁵.

O dever de ponderação do julgador pautado por regras lógicas e racionais quando confrontados com terceiros farão com que estes adiram ou afastem, também racionalmente da valoração feita. Portanto, há uma conexão íntima entre o princípio da livre apreciação

⁴¹²MATTA, Paulo Saragoça da. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 221-279, p. 251-252.

⁴¹³FREITAS, Frederico L. de Carvalho. O dever de motivação das decisões judiciais: uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito - RE 540995/RJ. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 4, n. 12, p.272-283, jul./set. 2010, p. 274.

⁴¹⁴FREITAS, 2010, p. 275.

⁴¹⁵Ibid., p. 276.

da prova, presunção de inocência, dever de fundamentação das sentenças e o direito ao recurso. Em especial destaca-se o relacionamento com este último, pois permitirá confrontar os juízes fáticos da primeira instância com as regras de experiência, da lógica, da racionalidade, da probabilidade e da razoabilidade pelo tribunal de recurso⁴¹⁶.

O papel interventor do tribunal de recurso será mais importante quando a prova utilizada na decisão recorrida ter o caráter indiciário ou for exclusivamente testemunhal. Cabendo ao tribunal no primeiro caso determinar se entre o fato conhecido e a consequência apurada existe um nexo lógico a partir do qual se possa concluir pela probabilidade ou acerto dos fatos, já no segundo o tribunal apreciará se a valoração dos depoimentos foi feita de acordo com as regras da lógica e da experiência⁴¹⁷.

Assim, quando os juízes são sujeitos a forte pressão midiática para condenar um arguido não há uma válvula de segurança, *de jure constituto* ou *de jure constituendo*, que garanta com total eficácia a salvaguarda do arguido e preserve o princípio do *due process*, mas a aplicação daquelas medidas (ação civil que impeça mais ataques da mídia sobre o arguido, deslocamento do tribunal, afastamento do juiz suspeito, *contempt of court*, possibilidade de recurso judicial) de forma isolada ou em conjunto são capazes de pelo menos minimizar o efeito nocivo da mídia sobre os juízes. A total proibição da divulgação do crime pela mídia seria a única capaz de preservar a dignidade do acusado e o devido processo legal, mas por outro lado atingiria a forma de regime democrático ao estabelecer uma censura prévia de forma absoluta. Logo, somente quando a mídia inicia sua campanha para condenar o acusado é que se aplicam aquelas medidas que funcionam como uma forma legítima de censura *lato sensu*, pois visam em maior ou menor grau reprimir a influência midiática sobre o Poder Judiciário.

⁴¹⁶MATTA, 2004, p. 251-252.

⁴¹⁷Ibid., p. 253.

CONCLUSÃO

O poder da mídia de mediação simbólica que cria suas próprias verdades ao construir uma visão de mundo goza de grande credibilidade perante a sociedade sobrepondo-se ao Poder Judiciário, por isso é comum o juiz sentir pressionado pelo clamor público (opinião pública).

Já o particular ante a violência simbólica dos meios de comunicação recorre ao Poder Judiciário para resguardar seu direito de personalidade. Assim, forma-se um dilema entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão para o julgador que deve ponderar casuisticamente.

Contudo, o jornalismo justiceiro não se limita a construir socialmente o conceito de crime para atingir tão somente os direitos de personalidade, porque eles julgam as ações do Poder Judiciário retirando-lhes a sua credibilidade, este poder midiático intimida os juízes na medida em que a instituição fica fragilizada perante a opinião pública, com isso os juízes sentem-se compelidos a seguir a cartilha do punitivismo como uma válvula de escape da sociedade para lidar com os problemas sociais.

Assim, a ciência criminal que é primordialmente de cunho individualista, ou seja, analisa a questão da liberdade individual frente ao Estado e secundariamente protege a sociedade, fica ameaçada de sofrer uma inversão de ordem pela mídia em nome do populismo punitivista e desta forma poderá surgir um Estado que necessite desta ciência não para conter os eventuais abusos que a sociedade e o Estado possam cometer ao repreender o indivíduo, mas castigar para excluir da sociedade aquele indivíduo que não corresponde ao padrão de normalidade, o que significa retroceder para a Idade Média, isto é, punir para inculcar medo na população da pena, medo da autoridade que age como um grande leviatã ao controlar a sociedade, medo do diferente, medo do outro. Enfim, resolver problemas sociais por meio da amplificação do medo de viver em sociedade.

A primeira consequência desse novo modelo de controle social no processo penal incide na presunção de inocência, pois aquele acusado que fica exposto aos holofotes da mídia como culpado até que se prove o contrário e não raras vezes mesmo quando provado o contrário dentro do Poder Judiciário para milhões de pessoas ainda continuará culpado, porque o Poder Judiciário encontra-se em descrédito perante a opinião pública, logo sua sentença absolutória não redimirá o imputado.

A segunda consequência é a mudança de significado da publicidade dos atos judiciais construído historicamente como uma garantia contra as arbitrariedades do juiz inquisidor. Hoje, assume uma postura opressiva por parte da mídia sobre o juiz para decidir de acordo com a verdade midiática.

A terceira consequência é a perda da imparcialidade judicial que consiste no abandono do conjunto de garantias constitucionais dadas ao juiz para realizar um julgamento justo (imparcial).

E, por fim, a quarta consequência é a sobreposição da verdade midiática de cunho inquisitivo sobre a processual de cunho acusatório, porque elas não podem ocupar o mesmo espaço, isto é, o processo penal. A lógica da construção de um método válido e eficaz para um determinado sistema faz com que somente exista uma verdade, portanto a outra será falsa para aquele sistema de conhecimento. Assim, o juiz jamais deve fundamentar-se pelo clamor público, porque significa eleger a verdade midiática em detrimento da verdade processual.

Para conter essa sobreposição de sistemas o processo penal desenvolveu distintos métodos, todos com limitações (visto que vivemos na era da informação, por isso não existe um método atual capaz de conter totalmente a influência da mídia) e que variam de intensidade de acordo com cada país.

Assim, para combater a publicidade opressiva da mídia temos o sigilo, chamado na doutrina portuguesa de segredo judicial. Enquanto, em Portugal o tema está bem regulamentado no código de processo penal, o Brasil se protege da mídia por meio da ponderação de valores em cada caso, o que significa decidir entre a necessidade da publicação e o direito à intimidade. Os Estados Unidos pioneiro no debate deste tema possui diversos mecanismos para restringir o acesso à informação pela mídia (*closure, restrictive orders, protective order, sequestration*).

Quanto ao problema da violação da presunção de inocência em princípio cabe ao particular utilizar dos meios civis e criminais para proteger o seu direito e indiretamente ao fazê-lo protege também a imparcialidade do juiz. O Estados Unidos fundados na tradição da *common law* são mais atuantes que o modelo brasileiro e português, pois os juízes por meio da *contempt of court* podem controlar de ofício os abusos cometidos pela mídia.

Já com relação ao problema da sobreposição da verdade midiática temos as proibições de prova para garantir que o juiz fundamente sua decisão de forma técnica e racional lastreada na verdade processual. Os Estados Unidos desenvolveu o *jury instructions* e a *hearsay rules*. Enquanto, Brasil e Portugal seguindo o modelo germânico

estabeleceram em seus códigos de processo penal as diretrizes básicas cabendo ao julgador analisá-las em cada caso. Neste trabalho examinamos até que ponto a verdade produzida pela mídia e introduzida no processo não prejudica a verdade processual e concluimos que se o jornalista não utilizou de método proibido de prova nem violou o sigilo judicial em princípio pode fazer prova no processo penal, contudo se for fruto de prova indireta deve ser visto com cautela observada as regras contidas no código de processo penal português e no caso brasileiro deve observar as regras de experiência do juiz. Alertamos que se o julgamento for feito pelos juízes leigos mesmo que lícita à prova ela não deve fazer parte da apreensão daqueles devido ao seu grande poder de persuasão capaz de colocar em segundo plano outras provas de caráter mais robusta que foram colhidas pelo contraditório.

Ainda com relação ao júri concluimos que os mecanismos de proteção tanto dos Estados Unidos quanto do Brasil são insuficientes para coibir a mídia. Mas, vale ressaltar dois aspectos positivos dos Estados Unidos e que o Brasil deveria por em pauta nos debates políticos e acadêmicos que é a possibilidade de renunciar ao júri e o *voir dire*.

Por fim, quando a ameaça for demasiadamente severa resta à parte tentar deslocar a competência do tribunal (art. 37º do código de processo penal português, o instituto do desaforamento do Tribunal do Júri no Brasil, o instituto *change of venue* dos Estados Unidos) ou alegar a imparcialidade do juiz, contudo esta medida só é possível quando o juiz emite sua opinião acerca do caso gerando uma dúvida grave e séria acerca da sua imparcialidade. O princípio do duplo grau de jurisdição também deve ser visto como o último mecanismo para garantir o direito ao justo julgamento, pois ele é a última fronteira capaz de impedir a influência negativa da mídia. E, se todos estes mecanismos falharem então não haverá justiça, mas um linchamento simbólico orquestrado pela mídia.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário**: A influência dos órgãos da mídia no Processo Penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Ricardo R. O Tribunal do júri nos Estados Unidos: sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 15, p.200-216, jul./set. 1996.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. p. 11. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 19. maio. 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência: art. 32., n. 2, da CRP. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 70, p.433-461, 1994.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**: Seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Tradução Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

BOVINO, Alberto. Juicio y verdad en el procedimiento penal. In: **Estudios sobre justicia penal**: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 219-240.

BRAGA, Fernando Urioste. **Libertad de expresión y derechos humanos**. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2008.

CERVINI, Raúl. Incidencia de las “mass media” en la expansion del control penal en latinoamérica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 37-54, jan./mar. 1994.

CERVINI, Raúl. Nuevas reflexiones sobre extravictimización mediática de los operadores de la justicia. **Revista CEJ**, Brasília, V. 7 n. 20, p. 30 a 46, mar. 2003. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/519/700>>. Acesso em: 19. maio. 2013.

CORNELLI, Roberto. **Miedo, criminalidad y orden**. Tradução Flavia Valgusti. Buenos Aires: B. de F., 2012.

DEFLEUR, Melvin L.; BALL-ROCKEACH, Sandra. **Teorias da Comunicação de massa**. Tradução Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais**: Teoria e prática. Tradução Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 17, n. 4, p. 547-599. out./nov. 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México D.F, n. 103, p. 63-97, 2002, p. 88-94. Disponível em: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/issue/view/905/showToc>>. Acesso em: 21. maio. 2013.

ESTEVES, João Pissarra. **A ética da comunicação e os media modernos**: Legitimidade e poder nas sociedades complexas. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

FARHAT, Saïd. **O fator opinião pública, como se lida com ele**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1992.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p.393-410, jul./ago. 2010.

FILHO, Mario Rocha Lopes. **O tribunal do júri e algumas variáveis potenciais de influência**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo; et. al. 2. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FRASCAROLI, María Susana. **Justicia penal y médios de comunicación**: La influencia de la difusión masiva de los juicios criminales sobre los principios y garantías procesales. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

FREITAS, Frederico L. de Carvalho. O dever de motivação das decisões judiciais: uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito - RE 540995/RJ. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 4, n. 12, p.272-283, jul./set. 2010.

FUENTES OSORIO, Juan L. Los medios de comunicación y el derecho penal. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 07-16, p. 16:1-16:51, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>>. Acesso em 30. abr. 2013.

GALLI, Joel Eliseu. **A opinião das massas substituindo os critérios de verdade:** a transformação do julgamento criminal em acossamento. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/novo/artigo/10672-A-opinioao-das-massas-substituindo-os-criterios-de-verdade:-a-transformacao-do-julgamento-criminal-em-acossamento>>. Acesso em: 10. maio. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático:** caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano. 2, n. 3, p.397-441, jul./set. 1992.

GÖSSEL, Karl-Heinz. La verdad en el proceso penal: ¿es encontrada o construida?. **Revista de Ciencias Penales**, Buenos Aires, n. 6, p.71-86, 2000.

GRANDIS, Rodrigo de. O juiz tem compromisso com a luta contra o crime. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 71, p.250-265, mar./abr. 2008.

GUARDIOLA LAGO, Maria Jesús. Prensa y garantías penales: consideraciones a partir del análisis mediático de un delito violento. **Revista Penal**, Valencia, n. 30, p.60-83, jul. 2012.

GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. **La necesidad social de castigar:** Reclamos de castigo y crisis de la justicia. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2006.

KEHDI, André Pires de Andrade. O sigilo da ação penal. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; et. al. (Coord.). **Sigilo no processo penal:** eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 57-95.

KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p.119-149, set./out. 2009.

LEAL, José Manuel Pires. O sentimento de insegurança na discursividade sobre o crime **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 17, n. 3, p. 475-503, jul./set 2007.

LOPES, Fernanda Lima. Discurso jornalístico e autolegitimação pela reprodução de vozes. In: XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, ano 2007, Santos. **Anais do XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. São Paulo: Intercon, 2007. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/resumos/R1232-1.pdf>>. Acesso em: 25. Abr. 2013.

LUCKMANN, Thomas; BERGER, Peter L. **A construção social da realidade**. Tradução Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução Martine Creusol de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

MACHADO, Carla; AGRA, Cândido da. Insegurança e medo do crime: da ruptura da sociabilidade à reprodução da ordem social. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 12, n. 1, p. 79-81, jan./mar. 2002.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAFFESOLI, Michel. **Apocalipse**: Opinião pública e opinião publicada. Tradução Andrei Netto; Antoine Bollinger. Porto Alegre: Sulina, 2010.

MATTA, Paulo Saragoça da. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 221-279.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: Da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p.133-154.

MENDOÇA, Kleber. **A punição pela audiência**: Um estudo do Linha Direta. Rio de Janeiro: Quartet, 2002.

MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**: Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência**: Criminalidade violenta e controle punitivo. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

OLIVEIRA, Paulo Cardoso de. O dilema do juiz: justiça legal ou justiça social : uma análise sociológica de decisão judicial fundamentada no clamor público. **Revista do Curso de Direito**, Espírito Santo do Pinhal, v. 3, n. 2, p.45-60, jun./dez. 2002.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. **A fábrica de penas**: Racionalidade legislativa e a lei dos crimes hediondos. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A voz do povo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 12, n. 139, p.16-17, jun. 2004.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo**: Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PINA, Sara. **Media e leis penais**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROBERTO, Welton. A influência dos meios de comunicação na imparcialidade dos jurados. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p.72-80, ago./set. 2004.

RODRIGUES, Cunha J. N. Justiça e comunicação social. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano. 7, n. 4, p.531-576, out./dez. 1997.

RODRÍGUEZ, Esteban. ¿Será justicia? La administración en los mass media: deshistorización y criminalización de la realidade em el periodismo contemporáneo. In: Mariano H. Gutiérrez (Org.). **Populismo punitivo y justicia expresiva**. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. Justicia penal y medios de comunicación. In: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coords.). **Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo**. 2 v. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 1415-1431.

ROXIN, Claus. El proceso penal y los medios de comunicación. **Revista del Poder Judicial**, Madrid, n. 55, p.73-93, 1999.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais: Uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Mídia e crime. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001, p. 353-367.

SILVA, Bruno César Gonçalves da. **Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal**. Campinas: Servanda Editora, 2010.

SILVA, Germano Marques da. A publicidade do processo penal e o segredo de justiça. Um novo paradigma? **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 18, n. 2/3, p. 257-276, abr./set. 2008.

SOTO NAVARRO, Susana. La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n.7-9, p. 09:1-09:46, 2005. Disponível em: < <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>>. Acesso em: 30. abr. 2013.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia: Ineficácia da prova divulgada pelos meios de comunicação para o processo penal e civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. O sigilo no processo criminal e o interesse público à informação. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; et. al. (Coord.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.203-238.

SURETTE, Ray. **Media, crime and criminal justice: images, realities, and polices**. 3. ed. Califórnia: Thomson Wadsworth, 2007.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade: Uma teoria social da mídia**. Tradução Wagner de Oliveira Brandão. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

TRAGGIANI, Nicola. Verità, giustizia penale, mass media e opinione pubblica. In: GAROFOLI, Vincenzo; INCAMPO, Antonio. **Verità e processo penale**. Milano: Giuffrè, 2012, p. 171-186.

VALLDECABRES ORTIZ, Maria Isabel. **Imparcialidad del juez y medios de comunicación**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

VAZ, Denise Provasi. Estudo sobre a verdade no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 83, p.163-183, mar./abr. 2010.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.