



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INTERFERÊNCIA MUDIÁTICA NA BANALIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

João Lucas Corrêa Dias

Rio de Janeiro
2024

JOÃO LUCAS CORRÊA DIAS

A INTERFERÊNCIA MUDIÁTICA NA BANALIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Monografia apresentada como exigência para conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Público e Privado *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof^ª. Ariane Trevisan Fiori Davidovich

Coorientadora:

Prof^ª. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2024

JOÃO LUCAS CORRÊA DIAS

A INTERFERÊNCIA MIDIÁTICA NA BANALIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2024. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Prof. André Gustavo Corrêa de Andrade – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientadora: Prof.^a Ariane Trevisan Fiori Davidovich – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

À minha mãe, maior incentivadora da minha formação acadêmica.
A Deus, por sempre iluminar e mostrar o melhor caminho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me guiar pelo melhor caminho. Tudo no tempo Dele. Seus planos são maiores e melhores. Nele eu confio.

À minha mãe, a quem devo tudo, por ser a maior incentivadora da minha formação. Obrigado por todo amor, apoio e dedicação, sem os quais seria impossível eu realizar meus sonhos.

Aos meus irmãos, por sempre me encorajarem.

À Camilla, meu amor, por sempre estar ao meu lado, lutando pelos nossos sonhos. Obrigado por me incentivar, por me tornar uma pessoa cada vez melhor, pela parceria, compreensão e paciência. Somos uma dupla e tanto. Amo você!

Aos meus amigos, por tornarem a jornada na Escola da Magistratura mais leve.

À professora Ariane Trevisan Fiori Davidovich, minha orientadora, por compartilhar o conhecimento com excelência e leveza, tornando possível essa produção.

À professora Mônica Cavaliere Fetzner Areal, por todo incentivo, pelos conselhos e pelo trabalho realizado em cada página.

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar desenvolvimento e amadurecimento profissional. Saio da instituição um estudante e profissional muito melhor.

Aos professores, por todo o ensinamento jurídico transmitido e pela cobrança, o que possibilita tirar o melhor do aluno e incentivá-lo a buscar a excelência. Afinal, ser professor é muito mais do que transmitir conhecimento.

A todos que contribuíram para a realização desse sonho.

“Deus não escolhe os capacitados, ele capacita os escolhidos. Fazer ou não fazer algo só depende de nossa vontade e perseverança.”

Albert Einstein.

SÍNTESE

A construção de narrativas da mídia sobre fato penalmente relevante e a consequente banalização do uso de prisões cautelares é um tema que merece ser debatido, em razão da aplicação inadequada do instituto processual. O assunto foca no respeito aos direitos fundamentais do indiciado, suspeito ou acusado e na responsabilização administrativa dos meios de comunicação, considerando a natureza de serviço público da atividade jornalística. O presente trabalho começa demonstrando a relação direta do desenvolvimento tecnológico e da sociedade da informação, o que revolucionou a forma como as pessoas se comunicam, e a imposição excessiva de prisões provisórias. Diante da constatação do aumento da população carcerária e do custo estatal devido à interferência midiática na atividade jurisdicional, verifica-se a responsabilidade administrativa gradual como uma alternativa para resgatar uma imprensa isenta. O modelo proposto não agride a democracia. Muito pelo contrário. Exige que a mídia respeite os direitos fundamentais, fortalecendo as bases de um regime democrático. Além disso, não cerceia a liberdade dos noticiários, pois não busca impedir a circulação da informação, mas apenas gerar consequências para a narrativa que implique em eventuais violações constitucionais e prejuízos ao devido processo legal entendido como macroprincípio. A partir de uma análise da Constituição Federal, da lei, da doutrina e da jurisprudência, buscar-se-á compreender que a responsabilização cível e criminal é insuficiente, tendo em vista o poder de influência dos veículos de imprensa sobre o comportamento humano, inclusive do juiz. Assim, mostra-se plausível e viável a implementação de um modelo de responsabilidade administrativa à luz do ordenamento jurídico brasileiro e do Direito Comparado aplicado em Estados Democráticos.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade da informação; Mídia; Medidas Cautelares; Prisão Preventiva; Responsabilidade Administrativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PODER JUDICIÁRIO.....	13
1.1 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A MÍDIA COMO QUARTO PODER.....	14
1.2 O EXERCÍCIO DO PODER E O JULGAMENTO SUMÁRIO.....	23
1.3 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E OS EFEITOS DO EXCESSO.....	29
2. A BANALIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	38
2.1 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	39
2.2 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E O EXCESSO DE PRISÃO PREVENTIVA.....	48
2.3 O PUNITIVISMO E O ENCARCERAMENTO COMO SOLUÇÃO ÀS PRESSÕES DA MÍDIA.....	57
3. A POSSIBILIDADE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA MÍDIA... 	64
3.1 O LIMITE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONDUTA DA IMPRENSA.....	65
3.2 AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO.....	70
3.3 A VIABILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA MÍDIA.....	83
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS.....	98

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico discute a influência midiática nas decisões judiciais cautelares criminais, bem como busca demonstrar que a ausência de responsabilização dos meios de comunicação prejudica o regular desenvolvimento das demandas processuais penais, principalmente no que tange ao devido processo legal e à imparcialidade do magistrado. Nesse sentido, será exposto como a atuação da mídia descompromissada com a veracidade da informação interfere na decisão dada pelos magistrados, principalmente em relação à decretação de prisão preventiva.

É cediço que a mídia investigativa descobre fatos sigilosos, interpreta situações jurídicas, bem como realiza um julgamento prévio, normalmente condenando o acusado antes mesmo de uma resposta do Poder Judiciário. Estas condutas demonstram a manipulação da informação através da valoração do fato criminoso sem analisar qualquer prova ou tese jurídica, de modo a transmitir a vontade punitiva da população brasileira, provocando, ainda que em sede cautelar, decisões demasiadamente rigorosas. Isso fica ainda mais claro a partir de uma análise de dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quanto ao encarceramento de presos preventivos.

Importa dizer que, diante da modernização e dos avanços dos meios de comunicação, notadamente com o advento das redes sociais, a subjetividade de alguns magistrados passou a ser fortemente afetada pelas notícias, de modo a refletir nas decisões. Nesse contexto, verifica-se que o bem tutelado passa a ser o clamor social, e não mais o bem juridicamente tutelado pela lei, e que o uso exagerado de prisão cautelar representa uma reação do Poder Judiciário, ainda que provisória, satisfazendo o interesse da sociedade quanto ao sentimento de impunidade, dando asas a uma atuação mais rigorosa dos magistrados.

Assim sendo, o primeiro capítulo é destinado à demonstração da influência da mídia numa sociedade da informação, ou seja, em uma sociedade pós-moderna, na qual a informação circula com velocidade e amplitude devido ao desenvolvimento dos meios de comunicação, notadamente com o advento das redes sociais.

Nesse contexto, é exposto o vasto poder da mídia, tendo em vista que atualmente consideram-se verdadeiros muito mais os fatos divulgados, e não a verdade processual. Ou seja, busca-se demonstrar a importância da mídia na atualidade e a necessidade de ser responsável em sua divulgação em virtude de ser detentora grande poder. Além disso, analisam-se os efeitos produzidos pela imprensa descompromissada quanto ao excesso de publicidade de atos

processuais. Ademais, será discutida a imparcialidade do magistrado e a impossibilidade de arguição de suspeição de magistrado moralmente coagido por ausência de fundamento legal.

Já o segundo capítulo aborda a temática da banalização da prisão preventiva em virtude do desenvolvimento da sociedade de informações. Considerando que a punibilidade excessiva é latente em muitas decisões judiciais, será abordada a (in)constitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Esse ponto é importante em razão de essas decisões gerarem números expressivos de prisões provisórias e um alto custo para o Estado, a ponto de analisar o conflito entre verdade processual e a verdade divulgada pela mídia à luz do princípio do convencimento livre e motivado. Além disso, busca-se expor como a imprensa fomenta um direito penal simbólico repercutindo no excesso de prisões, elevando o punitivismo e o encarceramento como solução às pressões midiáticas.

Por fim, considerando que a mídia possui muito poder sem limitação ou regulamentação, o terceiro e último capítulo analisa a possibilidade de responsabilização administrativa da imprensa, de modo a impor um compromisso desta com a informação transmitida à sociedade. Para isso, analisa o embate entre a liberdade de expressão exacerbada dos meios de comunicação e o exercício irresponsável de tal direito pela mídia. Ou seja, estuda-se o limite da liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e a atuação da imprensa.

Além disso, debatem-se as diversas violações aos direitos fundamentais do suspeito, indiciado ou acusado. Para tanto, são analisadas decisões judiciais, dados estatísticos e posições doutrinárias a respeito do tema, visando discutir se o direito fundamental à liberdade de expressão e de acesso à informação são determinantes para eventual descompromisso da mídia com a divulgação de notícias, ferindo outros direitos fundamentais.

Significa dizer que o principal objetivo da presente pesquisa é analisar se estes direitos fundamentais, por não sofrerem qualquer limitação ou previsão quanto ao seu exercício, em razão de serem valores extremamente caros após a redemocratização e a nova ordem constitucional de 1988, deram margem para uma atuação irresponsável da mídia, de modo a interferir diretamente na decretação de prisões preventivas e no super encarceramento.

Dessa forma, sugere-se a implementação de um sistema de responsabilização administrativa da mídia, tendo em vista ser plenamente viável em Estados Democráticos de Direito como, por exemplo, Portugal, Reino Unido, Estados Unidos e Argentina, sendo este último entendido como o modelo mais adequado à realidade brasileira. Trata-se de um sistema de responsabilização progressiva, considerando que não há direito fundamental absoluto e a

natureza de serviço público da comunicação social. Não se busca impedir que a notícia e a informação circulem, mas que elas não interfiram na atividade jurisdicional.

Para atingir tais objetivos e demonstrar que a mídia interfere diretamente na decretação de prisão cautelar, serão utilizados métodos de pesquisa qualitativos explicativos bibliográficos, documental e estudos de casos. É qualitativo, pois são analisadas informações extraídas de teses e interpretações jurídicas sobre condutas praticadas em determinados ambientes da sociedade. É explicativo, em razão da finalidade desta pesquisa, ou seja, explicar como a mídia interfere nas decisões judiciais, dando evidência às medidas cautelares, notadamente à banalização da prisão preventiva.

1. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PODER JUDICIÁRIO

Inicialmente, é essencial ter conhecimento do recorte temporal da presente pesquisa, bem como do que se trata a sociedade da informação. Quanto ao lapso temporal a ser analisado, é mais relevante para o tema verificar os fenômenos sociojurídicos a partir da pós-modernidade, momento em que surge o que se convencionou chamar de sociedade da informação.

Em relação à sociedade da informação, trata-se de uma sociedade informatizada, com fácil acesso aos meios de comunicação e, conseqüentemente, às notícias. Também conhecida como sociedade do conhecimento, é um termo utilizado para representar uma sociedade influenciada pela globalização, tendo relação direta com o desenvolvimento tecnológico.

Ademais, é importante ressaltar que essa sociedade teve seus pilares ainda mais fortalecidos com o advento das diversas redes sociais, o que permitiu maior velocidade e amplitude de acesso a redes, no que tange à circulação da informação.

É cediço que o direito de acesso à informação é fundamental, nos termos do art. 5º, XIV, da CRFB/88¹, assumindo um papel de enorme relevância na atual conjuntura, de modo que tal realidade é digna de tutela jurisdicional e legislativa. Ocorre que é igualmente necessário observar que o exercício desse direito, somado à liberdade de expressão, muitas vezes, extrapola a razoabilidade e a proporcionalidade, conflitando com outros direitos fundamentais, bem como interferindo no ato decisório dos magistrados.

Significa dizer que o desenvolvimento da mídia, notadamente após o advento de redes sociais, concomitantemente aos avanços da sociedade da informação, implica em uma sociedade bombardeada a todo momento por informações, nem sempre verídicas, sobre os mais diversos temas.

Essa situação permite afirmar que o magistrado, como sujeito integrante da sociedade, também é fortemente influenciado e socialmente pressionado pelo clamor público, seja criado ou meramente transmitido pela mídia, mas de qualquer modo inflamado por ela. Por essa razão, é possível afirmar que o poder de influência está intimamente ligado ao poder de divulgação. Ou seja, quanto mais a informação circula, maior é o poder de influência.

Segundo Manuel Castells², há uma relação simbiótica entre a tecnologia e a informação, de modo que se torna possível afirmar que uma complementa a outra, tendo em vista que o avanço tecnológico permitiu o desenvolvimento da propagação da informação,

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 out. 2022.

²CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. V.1. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 69-75.

capaz de autorizar o intérprete a dizer que tal fenômeno possibilitou a amplitude e maior velocidade na comunicação.

O autor, ao desenvolver um pouco mais sua tese, visualizou que a capacidade de penetração das novas tecnologias e redes de comunicação tem o poder de influenciar as condutas presentes nos mais diversos ambientes sociais, tais como na economia, na política e no universo jurídico. Em síntese, as tecnologias voltadas à informação influenciam diretamente no modo como a sociedade se comporta.

Nesse sentido, afirma Fábio Konder Comparato:

A maior influência exercerá o interlocutor que dispuser de mais e melhores informações na situação estabelecida, e com maiores probabilidades ele contará de afirmação de seus interesses e pretensões”, dando ensejo à premissa que “informação é poder.³

A presente pesquisa, inicialmente, buscará demonstrar que o desenvolvimento da mídia e da sociedade de informação, bem como o avanço da noção de um quarto poder exercido pelos meios de comunicação, em razão das mais diversas possibilidades de manipulação da informação, estão ligados ao desenvolvimento tecnológico, tratando-se de uma relação simbiótica. Além disso, exporá como a tecnologia permitiu uma divulgação mais eficaz da informação, em virtude do seu alcance e da sua velocidade de transmissão.

Focando na atividade jurisdicional, o presente capítulo ainda demonstrará como o descompromisso com os efeitos da notícia divulgada interfere na sociedade, possibilitando afirmar que o poder está na divulgação, ou seja, na informação. Isto é, o objetivo deste capítulo é demonstrar a influência da mídia na sociedade contemporânea, expondo seu vasto poder substanciado na noção de que o poder midiático está na divulgação, e não na verdade real processual. Sob essa ótica, analisa-se ainda a imparcialidade do magistrado e a impossibilidade de arguição de suspeição de magistrado moralmente coagido por ausência de fundamento legal.

1.1 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A MÍDIA COMO QUARTO PODER

Com o desenvolvimento econômico e tecnológico, a mídia atravessou alguns estágios de evolução, de modo que livros, jornais e revistas impressos, responsáveis por moldarem o espaço público, deixaram de ser as principais fontes de informação da sociedade. Com a

³ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica do Direitos Humanos*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 391.

evolução, transformaram-se em materiais digitalizados de rápido e fácil acesso, modificando a forma como a sociedade se informava sobre fatos relevantes.

No final do século XX, diversos autores observaram que o fator tecnológico foi responsável por uma mudança no modelo de sociedade, no qual, em uma sociedade pós-industrial, a informação ganha destaque. Autores, como o sociólogo Manuel Castells, identificaram que o critério tecnológico estava intimamente ligado ao conceito de sociedade da informação, uma vez que o processamento de dados e a transmissão da informação estavam presentes em boa parte da sociedade, em virtude de um acesso maior à rede de computadores:

O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento / comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.⁴

Essa mudança impactou diretamente na área das telecomunicações ao permitir que a informação circulasse de forma mais eficaz, ou seja, mais bem administrada, financeiramente mais barata e difundida. Significa dizer que a tecnologia e o desenvolvimento de redes permitiram que a informação circulasse mais rapidamente e com um baixo custo operacional, atingindo um número maior de pessoas.

Embora muito antes do advento das redes sociais, Castells já percebia em 1999 que a sociedade passava por mudanças do modelo tradicional de comunicação. O autor verificou que a chegada de uma rede de computadores facilitaria, agilizaria e ampliaria a divulgação de informações. Veja:

Embora o novo sistema ainda estivesse em processo de formação enquanto eu escrevia este livro, os usuários já tinham acesso à rede com uma série de aparelhos especializados, de finalidade única, distribuídos em todos os setores da vida e das atividades em casa, no trabalho, em centros de compras e de entretenimento, em veículos de transporte público e, por fim, em qualquer lugar. Esses dispositivos, muitos deles portáteis, comunicam-se entre si, sem necessidade de sistema operacional próprio. Assim, o poder de processamento, os aplicativos e os dados ficam armazenados nos servidores da rede, e a inteligência da computação fica na própria rede: os sítios da web se comunicam entre si e tem à disposição o software necessário para conectar qualquer aparelho a uma rede universal de computadores.⁵

Em um estudo publicado pelo Instituto de Governo Eletrônico, Inteligência Jurídica e Sistemas (IJURIS) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), mostrou-se de forma

⁴ CASTELLS, *op. cit.*, p. 69.

⁵ *Ibid.*, p. 91.

simplificada e didática o início e a consolidação daquilo que hoje é conhecido por Revolução da Mídia, Era da Informação ou Sociedade da Informação.

Por meio daquele estudo, é possível verificar que, a partir do desenvolvimento tecnológico, no início da década de 1970, surgiram os primeiros microcomputadores, bem como a rede mundial de computadores, denominada Internet:

[...] o microprocessador, o principal dispositivo de difusão da microeletrônica, foi inventado em 1971 e começou a ser difundido em meados dos anos 70. O microcomputador foi inventado em 1975 e o primeiro produto comercial de sucesso, o Apple II, foi introduzido em 1977, por volta da mesma época em que a Microsoft começava produzir sistemas operacionais para microcomputadores. [...] Além disso, em meados da mesma década se desenvolveu uma nova e revolucionária rede eletrônica de comunicação que veio a ser tornar a Internet.⁶

Nesse contexto, a sociedade começou a se familiarizar com essa inovação e a se comunicar de outra forma, uma vez que essa nova tecnologia passou a ser implementada na sociedade de modo comercial e civil, principalmente por causa da acessibilidade e custo cada vez menor, bem como devido à maior qualidade oferecida por tais produtos, conforme demonstra o estudo supramencionado.

O estudo mencionado apresenta de forma simplificada e resumida o desenvolvimento tecnológico e como isso impactou a comunicação e a divulgação da informação. Veja:

Assim, o microprocessador possibilitou o microcomputador; os avanços em telecomunicações possibilitaram que os microcomputadores funcionassem em rede. As aplicações dessas tecnologias na indústria eletrônica ampliaram o potencial das novas tecnologias de fabricação e design na produção de semicondutores. Novos softwares foram estimulados pelo crescente mercado de microcomputadores que, por sua vez, explodiu com base nas novas aplicações e tecnologias de fácil utilização. E assim por diante. Nesse sistema tecnológico que estamos totalmente imersos, é inegável a importância dos contextos históricos específicos, e da interação entre a tecnologia e sociedade.⁷

Além disso, o autor cuidou de demonstrar que as novas tecnologias facilitadoras da transmissão de dados foram aplicadas inclusive em áreas comerciais, visto que possuem baixo custo operacional e entregam maior qualidade à informação:

Essas tecnologias da informação representaram um salto qualitativo na difusão maciça da tecnologia em aplicações comerciais e civis, devido a sua acessibilidade e custo cada vez menor, com qualidade cada vez maior. Na avaliação de Ilara Hämmerli S. Morais (2002), as tecnologias da informação abrem novas possibilidades de

⁶ *Ibid.*

⁷ HOESCHL, Hugo Cesar. *Sociedade da Informação*. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/2340-2334-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

emancipação individual e coletiva. A eletrônica e a informática, por exemplo, garantem tecnicamente a ampliação de redes invisíveis de olhares, de vozes e imagens que ligam e interligam indivíduos e coletividade em todo o globo terrestre.⁸

No final do século XX e início do século XXI, com o advento da internet, surgiu um novo contexto quanto à atividade jornalística, principalmente por volta de 2009, com um desenvolvimento maior da rede mundial de computadores e da utilização das redes sociais pela sociedade brasileira, mudando a forma como as pessoas se comunicam.

No século XX, consolidou-se a produção da informação por meio de grandes canais de comunicação televisiva, radiofônica e impressa. Ocorre que, com o surgimento da internet no cotidiano da sociedade nos mais diversos campos, no início do século XXI, concretizou-se um meio facilitador da comunicação que permitiu sua ampliação, surgindo um novo contexto para a atividade jornalística quanto à forma de pulverização da informação e de formação da opinião pública.

As redes permitiram que a informação circulasse de modo independente, uma vez que não é mais necessário que se tenha o elemento “empresa”, como tradicionalmente ocorria com os modelos convencionais da comunicação.

Significa dizer que os meios de comunicação tradicionais, ao dependerem da concessão de um serviço público de titularidade da União para funcionar, são sociedades empresárias, as quais devem seguir normas impostas em contratos administrativos firmados após licitações, bem como as legislações atinentes aos serviços públicos. Já a mídia independente fruto das redes, tais como blogs, páginas, perfis sociais e canais, não se prendem a essas questões próprias da administração pública, nascendo a imprensa independente ou alternativa.

A percepção de tal fenômeno fez com que a mídia também migrasse para tal espaço público, haja vista que boa parte dos telespectadores tinha acesso às mais diversas plataformas de informação digital. Importa dizer que a mídia se atualizou, atuando também em mídias alternativas encabeçadas pelas redes sociais, em virtude de o seu auditório consumidor ter perdido o interesse nas fontes impressas e televisionadas de informação, bem como de ter crescido ainda mais a facilidade e amplitude da divulgação de notícias.

Ainda que a mídia tradicional siga toda uma estrutura regulamentadora de sua atividade, viu-se obrigada a atuar nesse novo espaço, visando atender os interesses do mercado consumidor (sociedade / população), bem como da empresa por trás da imprensa tradicional.

⁸ CASTELLS, *op.cit.*, p. 91.

Nesse sentido, Marcelo de Carvalho, em sua tese de doutorado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), afirmou que:

É possível perceber novos cenários para a comunicação tendo, de um lado, as grandes corporações de mídia televisiva, radiofônica, impressa e on-line e, de outro, o papel da imprensa independente/alternativa, entendida como não vinculada a uma empresa privada, pública ou estatal, ou algum grupo econômico.⁹

Desse modo, atualmente, é possível verificar que o dinamismo da comunicação e do discurso possibilita aos usuários das redes sociais o compartilhamento rápido de informações muitas vezes falsas, imprecisas ou mesmo manipuladas e distorcidas, de acordo com o interesse de quem as produziu. A partir desse entendimento é possível perceber, ainda que preliminarmente, o poder de influência exercido pela mídia.

Em síntese, observa-se que o desenvolvimento tecnológico implicou simultaneamente no desenvolvimento da telecomunicação, principalmente com o advento das redes de computadores e das redes sociais (mídia independente), as quais facilitaram ainda mais o acesso à informação e divulgação de notícias, surgindo aquilo que convencionou-se chamar de sociedade da informação. Ademais, modificou a forma das relações sociais, o que impacta obrigatoriamente o Direito, bem como a necessidade de discussão acadêmica e jurídica sobre a questão.

Nesse contexto, mais precisamente em 2009, foi julgada a ADPF n. 130. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Lei n. 4.740/65 (Lei de Imprensa de 1965), por representar uma forma de cercear a liberdade de expressão durante o regime militar, era materialmente incompatível com o período de redemocratização fundado pela nova ordem constitucional. Ou seja, que seu conteúdo não foi recepcionado pela CRFB/88, em virtude do fortalecimento de direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e o direito de acesso à informação.

Importa dizer que o julgamento representou ser a plena liberdade de imprensa um patrimônio imaterial, sendo o mais eloquente atestado de evolução política e cultural do povo brasileiro. Veja o item 2 do julgamento supracitado:

2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do

⁹ CARVALHO, M. de. *A possibilidade de intervenção penal aos ilícitos cometidos através da imprensa*. 2015.219 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Orientador: Rodrigo Costa. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 78.

título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.¹⁰

A retirada dessa lei do ordenamento jurídico impactou diretamente como a mídia passou a atuar, uma vez que deu uma liberdade exacerbada aos canais de comunicação, dando margem para uma atuação descompromissada com a verdade. Significa dizer que a mídia passou a divulgar notícias amparada na liberdade de expressão, haja vista que tal direito fundamental se tornou “quase” absoluto.

A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, bem como o sigilo de fonte, passaram a ser os fundamentos utilizados para o descompromisso da mídia com o dever de informar, muitas vezes gerando desinformação, bem como para a manipulação e distorção de fatos, tornando-se uma formadora de opinião e possuindo um poder de influência praticamente ilimitado.

Hoje a mídia atua como bem entende, com base na liberdade fortalecida após o julgamento da ADPF n. 130, tornando-se muito mais do que mera reprodutora de notícias, objetivando a informação da sociedade. Hoje sua atuação transcende a finalidade informacional, de modo que forma opiniões e molda o pensamento da sociedade sobre determinado fato, o que permite afirmar que o poder está na divulgação, e não necessariamente na verdade real.

Esse *modus operandi* foi facilitado, tanto pelo desenvolvimento tecnológico e pelo surgimento de uma sociedade informacional, que busca a todo momento informações acerca dos mais diversos temas, quanto pelo fato de a liberdade de expressão ser um valor extremamente precioso e inegociável em uma sociedade que vive um período de redemocratização, resultando na noção da mídia como quarto poder.

Significa dizer que a relação entre a liberdade de expressão e a democracia é indiscutível. Porém, tal liberdade permitiu um bombardeio de informações, muitas vezes, em descompasso com a verdade. Isso fez com que a mídia desenvolvesse tanto seu poder de

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>> Acesso em: 16 jan. 2023.

comunicação e manipulação de massa que surgiram teses sustentando que a liberdade de imprensa possui uma dimensão preponderantemente negativa, em razão de falhas de mercado, principalmente ao noticiar assuntos políticos, econômicos, sociais e jurídicos.

Com a facilitação da circulação da informação, o poder de comunicação se transformou em um poder de influência e de formação de opinião, devido ao fato de a informação ser vista como uma mercadoria, em virtude de veicular o conteúdo que vende.

Resumidamente, diante do desenvolvimento dos meios de comunicação de massa e da velocidade de circulação das informações, sobretudo por meio das redes sociais, verificou-se o surgimento da sociedade da informação. Tal modelo permite que o alcance da notícia englobe muito mais pessoas, de modo a formar opiniões e pensamentos da população sobre determinado acontecimento exposto pela mídia.

Na seara jurídica, os temas normalmente de maior interesse social e midiático são a notícia de tragédias e de crimes de grande comoção e repercussão social, uma vez que se trata de manchetes rentáveis, devido ao maior número de pessoas consumidoras dessas informações. Ao ter o auditório / plateia, a modulação do pensamento torna-se praticamente inevitável e ocorre principalmente em razão do tratamento dado pela imprensa, notadamente a esses crimes.

Importa dizer que, além da análise subjetiva do jornalista responsável pela matéria, a mídia pode ter as suas próprias pretensões sobre o tema noticiado, muitas vezes ligadas aos interesses de mercado, haja vista que não deixa de ser um grande mercado com consumidores ávidos por informação.

Esses aspectos podem levá-la a se distanciar de uma apuração essencialmente isenta, isto é, imparcial, sem julgamento dos fatos criminosos. Significa dizer que a notícia passa a atender aos interesses mercantis, e não ao interesse público de acesso à informação.

A mídia investiga e descobre fatos sigilosos, seja em fase de inquérito policial, seja em fase processual, formulando um juízo de valor sobre o crime ocorrido, visando muitas vezes ao que mais vende, o que pode não corresponder integralmente com a verdade. Ao desempenhar a atividade jornalística, a mídia, seja a tradicional ou a independente/alternativa, incentiva condenações, coagindo moralmente os magistrados a proceder conforme o clamor popular, ou seja, de acordo com as paixões da opinião pública.

Essa visão fica clara ao verificar a posição da autora Naiadi Bertoldo Marchi:

Nesse viés, tem-se a confirmação de que a mídia influencia pessoas há anos, trazendo a expressão "quarto poder" a fim de representar essa força. Não há dúvidas de que a liberdade de imprensa deve prevalecer à censura, entretanto, a liberdade não poderá ser jamais confundida com a "libertinagem", onde tem-se como apoio, condenações

imediatas, colocando diretamente o suspeito como o criminoso de fato, trazendo a história como um espetáculo.¹¹

A autora continua e afirma que a mídia potencializa o sentimento de fazer justiça com as próprias mãos, o que muitas vezes repercute na sentença penal, materializando os interesses da sociedade, *in verbis*:

Esse mundo-imaginação é envolvente e o leitor ou telespectador se tornam inertes, incapazes de criar uma barreira contra os sentimentos, incapazes de discernir o que é real do que é sensacional. Portanto, é notória a manipulação e intervenção midiática no âmbito social, criando uma repercussão social que leva da tristeza à fúria. Levando a necessidade de "fazer justiça com as próprias mãos". Desse modo, a repercussão social é influente e determinante nos crimes ocorridos. O Estado possui o dever de punir a quem agir ilicitamente, estando determinada conduta tipificada no atual ordenamento jurídico, sendo a punição concretizada através da sentença criminal.¹²

Essa constatação autoriza dizer que a mídia realiza um julgamento sumário ao “produzir provas”, valorá-las e julgar o fato noticiado, tudo sem permitir que o suspeito se manifeste e se defenda das acusações. Ou seja, é sumário em virtude de não haver espaço para contraditório e ampla defesa, sendo extremamente simplificado, de modo que a opinião pública é formada por uma única manifestação ou voz tendenciosa no sentido de divulgar os fatos visando a atender os interesses corporativos e os de uma sociedade punitivista, que enxerga na punição a melhor forma de pacificar conflitos sociais. Veja-se:

Em decorrência dessa “mídiação” é possível notar que cada vez mais a mídia e a imprensa vêm sendo responsáveis por influenciar decisões e julgamentos judiciais, pois, essas têm o poder de criar comoção pública que faz com que determinado assunto tome grande repercussão e gere polêmicas. É possível verificarmos que a principal influência da mídia é nos casos de acusados em processos penais, onde a mídia para promover audiência informa notícias de forma errônea e culpam indivíduos sem o devido processo legal e contraditório, pois, de acordo com ordenamento jurídico brasileiro na Constituição em seu art. 5º LVII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹³

Antes do desenvolvimento tecnológico, a mídia não impactava tanto na vida em sociedade, como ocorre atualmente. Acredita-se que o fator determinante para a disseminação do poder de influência da mídia se deu em razão do fato de que, antigamente, a informação não era instantânea e o acesso a ela era limitado, sendo certo que o cenário atual é muito diferente.

¹¹ MARCHI, N. B. *A mídia como um 4º Poder: a influência no direito processual penal*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341515/a-midia-como-um-4-poder-a-influencia-no-direito-processual-penal>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

¹² *Ibid.*

¹³ VIALI, Flávia Catarina Alves; SANTOS, Lana A. P. Mídia e a influência nas decisões judiciais. *Revista Científica Semana Acadêmica da Universidade do Estado de Minas Gerais*, 2018, p. 02. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/midia-e-influencia-nas-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 24 fev. 2023.

Importa dizer que o fator determinante da ampliação do poder de manipular e influenciar a sociedade contemporânea se dá pelo aspecto facilitador da transmissão de mensagens e informações, haja vista que os assuntos de maior interesse da sociedade podem ser objeto de “viralização”. Isso é, tais informações podem moldar comportamentos e opiniões públicos, em razão da massificação e da velocidade de multiplicação da notícia por meio das mais variadas formas de compartilhamento em redes sociais, por exemplo, alcançando um número inimaginável de pessoas.

Quando se observa a sociedade contemporânea, verifica-se uma mudança de comportamento justificada pela pulverização de informações, muitas vezes não condizentes com a realidade fática, o que convencionou-se chamar de “*fakenews*”.

Tal fenômeno passou a impactar diretamente na vida social, tendo em vista que interferiu na ordem econômica, política e jurídica, tornando-se ainda mais perceptível, ou melhor, palpável, em virtude das redes sociais e demais canais recentes de comunicação, ganhando força em razão dessa nova ferramenta e da falta de compreensão da população quanto à importância de checar as fontes da informação.

Desse modo, torna-se possível afirmar que a mídia alcançou um *status* de formadora de opinião, o que representa um poder extremamente vasto, capaz de conduzir os rumos da sociedade, assim como os demais Poderes da República. Ocorre que, diferentemente dos demais poderes, a mídia não possui quaisquer balizas que limitem, orientem, regulamentem ou equilibrem a sua atuação.

Nesse diapasão, a noção de quarto poder surge como um simbolismo correspondente ao jornalismo e aos meios de comunicação de massa, identificando-os como influenciadores e manipuladores do pensamento e da opinião social. Isso ocorre, pois tais agentes assumiram a função de transmitir conhecimento, justamente por estarem cada vez mais inseridos no cotidiano da população. Ou seja, ao divulgar informações, a imprensa molda comportamentos, opiniões e pensamentos.

Assim sendo, surge na sociedade contemporânea a noção da mídia como quarto poder, em razão de sua força de manipulação da informação obedecendo às leis do mercado, bem como se preocupando muito mais com os resultados das vendas da informação do que com a transmissão de notícias isentas de juízo moral e de valor. Ou seja, mais vale noticiar o que mais vende do que desempenhar uma atividade jornalística isenta e sem proveito econômico.

Portanto, em virtude da força persuasiva da mídia demonstrada pela amplitude e velocidade de circulação da informação, bem como da liberdade de expressão e de imprensa,

verifica-se que hoje ela é um agente formador de opinião, o que a eleva ao status de “Quarto Poder”, capaz de impactar até mesmo nas decisões judiciais.

Segundo Simone Schreiber:

Se os meios de comunicação promoverem um noticiário intenso, subjetivo, parcial e dedicado a reclamar a ‘punição exemplar’ de determinado indivíduo acusado de um crime, certamente, o ambiente de serenidade em que esse julgamento deve ocorrer será afetado.¹⁴

Assim, verifica-se que é evidente a presença do subjetivismo, não só no Direito Penal, mas também no discurso jornalístico, sendo plenamente capaz de interferir na atividade jurisdicional, haja vista que o julgador não está imune às informações que circulam pela sociedade. Ademais, ele não se torna totalmente imparcial quando desempenha sua função, principalmente quando o subjetivismo do jornalista se identifica com a forma de pensar do magistrado.

Significa dizer que o julgador, em maior ou menor medida, é influenciado por fatores externos ao processo criminal, os quais são frequentemente expostos pela mídia. Desse modo, é essencial entender a relação do jornalismo com o Poder Judiciário, bem como o seu papel na sociedade contemporânea. Para isso, é importante debater o poder exercido pela mídia através do julgamento sumário.

1.2 O EXERCÍCIO DO PODER E O JULGAMENTO SUMÁRIO

É cediço que, desde o início da civilização, as informações que envolvem o cometimento de um crime seduzem a sociedade. Tal atração está intimamente ligada aos motivos determinantes do delito ou mesmo quanto à pessoa do acusado, fazendo com que se estabeleçam rótulos para fins de julgamento deste, além da distorção de seus direitos e garantias fundamentais, assegurados pela Constituição Federal.

Na sociedade brasileira, o Direito Penal e a exposição midiática possuem relação íntima, visto que as pessoas se interessam por notícias sobre as violações à lei penal. Desse modo, mostra-se injustificável a imprensa não produzir discursos e conteúdo em torno do fato penal, situação que ganha bastante destaque no jornalismo nacional. Ocorre que é comum espalhar o medo e a insegurança por meio de abordagens sensacionalistas e distorcidas acerca do crime, fazendo com que a sociedade acredite que está assolada pela delinquência.

¹⁴ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 04.

Ana Lúcia Menezes Vieira¹⁵ é clara ao expor que a mídia, por intermédio de um discurso carregado pelo sensacionalismo, ou seja, pela falta de moderação e cuidado na divulgação do acontecimento de um fato criminoso, busca impactar o público a partir do seu envolvimento emocional, criando-se um cenário que torna difícil a real compreensão sobre o que é verdadeiro e o que está no imaginário popular. Desse modo, cada vez mais as pessoas se preocupam com a sensação, e não mais com a verdade, o que faz com que a população se torne incapaz de criar empecilhos contra os sentimentos provocados pela notícia.

É possível afirmar que a manipulação e a intervenção midiática na esfera social são cada vez mais presentes, haja vista sua vasta influência exercida por meio do jornalismo, o qual tem grande repercussão social e leva ao seu público sentimentos que vão da tristeza à fúria.

Segundo Auriney Uchôa, a percepção da mídia como um quarto poder surge na Inglaterra do século XX, quando se criou espaço físico na sede do parlamento para receber repórteres, os quais acompanhavam e publicizavam as decisões dos três poderes, notadamente do poder temporal, do poder espiritual e do poder dos comuns. A divulgação dessas decisões possuía tanto impacto na sociedade que passou a ser vista como o quarto poder do Estado, haja vista a sua influência na mudança de comportamento das pessoas, nos mais diversos ramos. Tal ideia se tornou notável nas democracias ao se relacionar com os atuais Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.¹⁶

Atualmente, não se discute a importância do papel da imprensa para a sociedade contemporânea, tendo em vista a relação entre a liberdade de expressão e o Estado Democrático de Direito, principalmente após a redemocratização em 1988. Um problema ocorre quando a liberdade de expressão passa a ser vista como um direito absoluto e ilimitado, o que é impensável nos dias de hoje, considerando-se o reconhecimento da possibilidade de limitação desse direito quando o seu exercício ofender a outros direitos fundamentais.

Como já esclarecido no item 1.1 deste capítulo, a mídia exerce um poder extremamente importante no que tange à informação, principalmente quando se preocupa com a verdade dos fatos. Porém, é cediço que há situações em que a mídia manipula a informação, formando a opinião pública sobre os mais diversos temas, tudo em razão do mercado, que exige cada vez mais vendas.

¹⁵ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁶ BRITO, Auriney Uchôa de. Poder da mídia: uma análise do Direito Penal na Sociedade da Informação. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. São Paulo, 2009. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2517.pdf. Acesso em: 17 jan. 2023.

As falhas de mercado e o exercício abusivo do poder midiático são cada dia mais claros, surgindo, inclusive, as *fakenews*. Isso ocorre, pois os canais de comunicação incorporaram em seu cotidiano as exigências do mercado, que frequentemente não contribuem para uma atuação neutra, imparcial, isenta e comprometida com a verdade, sendo cabível atribuir tais variantes à necessidade de divulgar conteúdos com a rapidez exigida pelo mercado, afastando-se do compromisso de informar.

Isso é constatado ao analisar como é feita a comunicação atual, considerando que, em poucas oportunidades, é possível distinguir no texto jornalístico a exposição de fatos e opiniões, considerando que a própria escolha dos temas é subjetiva, de modo que a forma da transmissão do conteúdo não é totalmente dissociada da percepção pessoal do remetente da mensagem.

Verifica-se que o essencial é atender ao mercado, e não mais se colocar a serviço da cidadania e da democracia. Sendo assim, necessário compreender que a mídia não é totalmente desinteressada pela informação que propaga, considerando que possui interesses contratuais, interesses dos próprios jornalistas responsáveis pelo conteúdo divulgado, bem como interesses em vender a cada dia mais, atendendo às regras de um mercado consumidor capitalista e global por se tratar de uma sociedade empresária.

Tais premissas são necessárias para que seja possível entender a forma como o fato criminal é tratado na mídia, seja ela a tradicional ou a alternativa. No contexto da necessidade de vender e atender aos anseios do mercado consumidor, a notícia é tratada como mercadoria, de modo que busca explorar o fato criminal para aumentar a divulgação e a visibilidade do canal de comunicação responsável pela informação.

Essa visão é bem resumida por Ana Lúcia Menezes Vieira:

Com as grandes empresas de comunicação a informação se tornou uma mercadoria, sem qualquer valor relacionado à função social e à verdade. [...] entre as empresas controladoras dos meios informativos faz com que nestes se misturem entre produtos de marketing, serviços para o leitor, notícias que tenham a potencialidade de satisfazer o público da sociedade de consumo. Para tanto, publicam fatos escabrosos, escândalos, denúncias, que agucem a curiosidade do leitor ou telespectador e que sejam vendáveis.¹⁷

Em síntese, é possível concluir que a publicação de conteúdos passou a ser considerada um bem de consumo simbólico. A informação circula para informar o cidadão, bem como para contemplar os interesses do mercado consumidor, do marketing, dos contratos firmados e da meta de audiência do telespectador.

Assim, Rodrigo Lima e Silva entende que:

¹⁷ VIEIRA, *op. cit.*, p. 24.

Nesta busca desenfreada pela atenção das massas, surgem graves distorções como o sensacionalismo concorrência. Este discurso sensacionalista desenvolvido pela mídia, constitui-se, segundo Aury Lopes Júnior uma manipulação discursiva em torno da sociologia do risco, revitalizando a (falsa) crença de que o Direito Penal pode restabelecer a (ilusão) de segurança.¹⁸

Além disso, verifica-se que a mídia é usada como ferramenta de manipulação, reordenando e incentivando percepções da sociedade. Tal forma de atuação coloca em perigo a segurança jurídica, direitos e garantias individuais, protegidos pela Constituição Federal, estreitando a relação entre o julgador e seus precedentes com movimentos punitivistas, tudo em nome de uma suposta realização de justiça.

Significa dizer que os veículos de comunicação de massa exercem grande influência na criminalização primária e secundária, bem como estimulam o populismo exacerbado com vista à satisfação de uma ideia de justiça construída a partir da opinião pública.

Simone Schreiber é muito feliz em sua obra ao analisar as divergências entre a verdade jornalística e a verdade processual e suas consequências no âmbito do julgamento criminal. Segundo ela, a elaboração da matéria é afetada diretamente pela velocidade imposta pelo mercado, o que favorece abordagens e interpretações parciais e simplificadas, sem o devido aprofundamento que o fato criminal exige. Veja-se:

A “verdade” reportada nada mais é do que uma versão dos fatos ocorridos, intermediada pela linha editorial do veículo e pela subjetividade dos jornalistas que redigem a notícia. É necessário assim desmistificar o papel que a imprensa se atribui de mediadora desinteressada a serviço unicamente da cidadania e da democracia, para que se possa compreender a forma como o fato criminal é tratado na mídia.¹⁹

Essa situação, somada a um público não preocupado em checar as fontes da informação e ao sigilo de fonte garantido pelo ordenamento jurídico intrínseco à atividade jornalística, gera um problema enorme: a formação da opinião pública baseada em informações falsas, distorcidas e/ou manipuladas.

Transferindo a situação contextualizada para as demandas criminais, o prejuízo é ainda maior, pois aqui ocorrem violações a uma série de direitos fundamentais, tais como ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, enfim, ofende-se o que mais o ordenamento busca proteger: o direito a um julgamento justo. Surge o que se convencionou chamar de julgamento midiático sumário.

É importante esclarecer que o julgamento sumário é aquele em que se impossibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa. Nesse cenário midiático, que permite à informação

¹⁸ SILVA, Rodrigo Lima e. *Mídia e a influência no sistema penal*. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=fda249ac9c2f34c6>>. Acesso em: 03 maio. 2023.

¹⁹ SCHREIBER, *op.cit.*, p. 04.

se tornar um espetáculo com grande amplitude e velocidade de circulação, os fatos criminais de maior impacto social são valorados e previamente julgados sem, contudo, permitir que o acusado se defenda. Hoje a mídia investiga, julga e condena baseada em análises superficiais, simplesmente ao rotular o acusado como culpado, agindo assim muito antes da fase instrutória.

Ou seja, a mídia julga e condena sem provas, tendo em vista que a prova é tudo aquilo que serve para demonstrar o fato criminoso submetido em contraditório e de acordo com as regras processuais previstas em lei. Ao expor o fato, a mídia se preocupa não com o senso de justiça, mas sim de punição, de modo que, comumente, assistimos a jornais sensacionalistas que apelam em busca de inflamar a sociedade de uma “punição justa ou exemplar”, sem ter o conhecimento necessário sobre as circunstâncias que permearam a conduta do agente.

Nilo Batista ensina bem a respeito desse “julgamento pautado na opinião pública”.

Veja:

Por fim, é importante considerar a hipótese de chamado “julgamento pela imprensa” (trial by the media), quando pessoas e fatos relacionados a um processo criminal em andamento são noticiados ou comentados com teor opinativo, claro ou subliminar. Chico Nelson menciona alguns desses casos, nos quais acusados ou vítimas foram impiedosamente massacrados antes do julgamento por uma pena informal de infâmia que faria morrer de inveja o mais feroz legislador do absolutismo. A imprensa tem o formidável poder de apagar da Constituição o princípio da presunção de inocência, ou, o que é pior, de invertê-lo. O desconhecimento geral sobre o Poder Judiciário e seus procedimentos contribuirá para isso, e para que a crônica dos julgamentos seja tão frequentemente impregnada de elementos irracionais e míticos.²⁰

Além de controle e manipulação da opinião pública, cabe mencionar que a mídia exerce também um controle social por meio de mecanismos de seleção e criminalização de determinados indivíduos. Busca que a sociedade adote padrões de comportamento aceitos pela sociedade-alvo, à luz dos seus interesses punitivistas, de modo a inflamar o sistema penal.

Aury Lopes Junior sintetiza essa ideia ao afirmar que a mídia marginaliza o sujeito, excluindo-o social e economicamente, depois o sistema penal seleciona este sujeito e o insere no sistema. Após o cumprimento da pena aplicada, solto o indivíduo já rotulado pela sociedade e com as dificuldades de se manter, a tendência é que volte ao sistema penitenciário, haja vista que o sistema precisa se retroalimentar.

Segundo o autor, trata-se de um círculo vicioso, aumentando as diferenças, a exclusão social e mantendo a impunidade dos não excluídos. Veja:

Primeiro vem a exclusão (econômica, social etc.), depois o sistema penal seleciona e etiqueta o excluído, fazendo com que ele ingresse no sistema penal. Uma vez cumprida a pena, solta-o, pior do que estava quando entrou. Solto, mas estigmatizado,

²⁰ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 138.

volta às malhas do sistema, para mantê-lo vivo, pois o sistema penal precisa deste alimento para existir. É um círculo vicioso, que só aumenta a exclusão social e mantém a impunidade dos não-excluídos (mas não menos delinquentes).²¹

Nesse sentido também é a visão de Rodrigo Lima e Silva:

No campo constitucional, o problema da subintegração é relevante, na medida em que com relação aos membros das camadas subalternas, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente no âmbito da atividade repressiva do “aparelho estatal”; ou seja, das ações violentas ilegais da polícia e a incidência desenfreada de um populismo punitivo, que por outro lado, estimula a atuação de um direito penal divorciado das garantias previstas na Constituição Federal.²²

Esse estereótipo, embora frequentemente norteie a conduta dos órgãos de segurança pública e do Poder Judiciário, foi alterado nos últimos anos com prisões de grandes empresários e políticos, incluindo-se pessoas catalogadas como pertencentes ao primeiro escalão da sociedade brasileira, principalmente com as diversas operações realizadas pelas forças-tarefa da Operação Lava Jato. Nesse novo cenário, verifica-se também o exercício de um controle político.

Desse modo, analisando os discursos, observa-se que o jornalismo espetaculoso, somado ao sensacionalismo em torno do fato criminal, é a principal estrela do roteiro, sendo ela quem concentra boa parte do poder penal. A matéria objeto dos principais jornais orientará a atuação dos órgãos de segurança pública e da máquina estatal em geral.

Nilo Batista entende que os telejornais com boa audiência são mais importantes para a política criminal brasileira do que a produção científica realizada pelos melhores criminólogos e penalistas. Desse modo, torna possível afirmar que o poder está na divulgação, e não na busca pela verdade real.²³

No mesmo sentido é a posição de Guilherme Nucci. O autor reconhece a influência da mídia na conduta dos magistrados, haja vista que estes também se informam pelos noticiários.

Não se trata de dar crédito único ao sensacionalismo de certos órgãos da imprensa, interessados em vender jornais, revistas ou chamar audiência para seus programas, mas não é menos correto afirmar que o juiz, como outra pessoa qualquer, toma conhecimento dos fatos do dia a dia acompanhando as notícias veiculadas pelos órgãos de comunicação. Por isso, é preciso apenas bom senso para distinguir quando há estardalhaço indevido sobre um determinado crime, inexistindo abalo real à ordem

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2006, p. 19.

²² PUBLICA DIREITO. *Mídia e a influência no sistema penal*. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=fda249ac9c2f34c6>> Acesso em: 13 fev. 2023.

²³ BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em: <<http://bocc.ufp.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>> Acesso em: 05 mar. 2023.

pública, da situação de divulgação real da intranquilidade da população, após o cometimento de grave infração penal.²⁴

Respalado por grandes especialistas, é permitido concluir que a conduta da polícia, do Ministério Público, do Poder Judiciário e do Estado em geral se orienta pelos rótulos colocados pela mídia, que exerce um poder de influência enorme nos mais diversos ramos da sociedade, sem que tenha qualquer responsabilidade criminal ou administrativa, bem como limitações desse poder. A partir dessa noção, surgiu a expressão da mídia como quarto poder para simbolizar a influência exercida pelo jornalismo e pelos meios de comunicação de massa, capazes de formar a opinião pública em ramos da economia, da política, bem como em ramos jurídicos, sociais, interpessoais etc.

A exposição do fato penal pela mídia interessada em atender a diversos anseios, que não só a informação imparcial da sociedade, faz com que se realize um julgamento sumário em desrespeito às normas legais e constitucionais previstas.

Portanto, torna-se constatável que esse “processo penal paralelo” viola uma série de garantias individuais, tais como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e demais direitos e garantias assegurados pela Carta Magna, tudo em virtude da publicidade em excesso, principalmente, dos crimes de maior repercussão social, conforme será visto a seguir.

1.3 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E OS EFEITOS DO EXCESSO

Antes de aprofundar o debate do tema, é necessário explicar algumas correntes doutrinárias sobre o sistema penal adotado no Brasil, considerando que a atividade midiática acerca do crime explicita resquícios inquisitoriais, principalmente ao não permitir a defesa do acusado com a mesma magnitude da acusação e do rótulo de condenado, ainda que a atual ordem constitucional vede tal comportamento.

Segundo Guilherme Nucci, no Brasil, vigora o sistema processual penal acusatório mitigado. Isso porque, após a reforma feita pela Lei n. 13.964/19, revigorou-se o sistema acusatório, embora não esteja purificado. A lei citada, conhecida também como Pacote Anticrime, realizou diversas alterações capazes de afastar resquícios inquisitoriais, tais como a internalização do juiz de garantias, porém poderes instrutórios do juiz do mérito da ação penal

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. São Paulo: Gen, 2016. [pdf].

ainda permanecem intactos, razão pela qual o autor entende se tratar de um sistema acusatório mitigado.²⁵

Pacelli entende se tratar de um sistema acusatório em razão de o processo penal prever a possibilidade de participação do acusado e de seu defensor técnico no interrogatório, bem como ao se verificar os postulados da atual ordem constitucional. Para o autor, o fato de alguns juízes ignorarem exigências constitucionais não justifica a fundamentação de um sistema processual misto. Ainda que o inquérito policial (fase inquisitorial) acompanhe a denúncia e fique anexado à ação penal, não permite afirmar que haja interferência à parcialidade do julgador, tendo em vista a necessidade de fundamentação da decisão, a qual não pode ocorrer apenas com base no inquérito, que traz apenas indícios e não provas de autoria e materialidade do fato.²⁶

Além disso, dentre as correntes doutrinárias mais tradicionais, há quem entenda diferente e pense que, no Brasil, não há um sistema penal acusatório pleno, em razão de possuir resquícios inquisitoriais, tais como a gestão de provas nas mãos do juiz. Um dos defensores é o ilustre jurista Aury Lopes Júnior, o qual afirma:

[...] a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Portanto, pensar no sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório é incorrer em grave reducionismo.²⁷

Tal posição punitivista está cada vez mais sendo propagada pela mídia, a qual, de certa forma, também é inquisitorial, haja vista o estímulo produzido ao instituir um “processo penal paralelo”, contudo, sem garantir ao acusado o direito a ser tratado como inocente (presunção de inocência), bem como sem permitir o exercício do direito à ampla defesa, ao contraditório e de resposta, este último também constitucionalmente garantido no artigo 5º, inciso V, da CRFB/1988.²⁸

Sabe-se que, no processo penal, a regra é a publicidade dos atos processuais, visando à proteção do cidadão contra eventuais arbitrariedades e amarras do Estado, assegurando seus direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, principalmente após a redemocratização do Brasil.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 [pdf].

²⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017 [pdf].

²⁷ LOPES JUNIOR. *op.cit.*, p. 48-49.

²⁸ BRASIL, *op.cit.*, nota 1.

Conforme bem define Dantas²⁹, o princípio da publicidade dos atos processuais determina que os atos de juízes e tribunais sejam públicos, de maneira que seja permitido não só aos órgãos jurisdicionais superiores, como também aos jurisdicionados e também aos diversos órgãos de controle interno e externo do Poder Judiciário, realizar um satisfatório controle dos atos e omissões praticados pelos membros daquele poder.

É importante deixar claro que o problema não está em noticiar as ocorrências de crime, haja vista que o fato criminoso sempre foi objeto de interesse social. O embaraço ocorre em virtude da exposição excessiva do delito supostamente praticado e a afirmação de que o acusado ostenta a qualidade de um criminoso, o que não necessariamente é verídico. Ou seja, o problema está no excesso de publicidade, o que pode inverter a lógica do princípio da publicidade ao violar direitos, e não os tutelar.

Ou seja, a mídia, ao acusar e condenar o indiciado / acusado com doses de sensacionalismo, viola uma série de direitos e garantias individuais, o que é chancelado pelo amplo poder de transmissão de informação. É necessário saber o limite da publicidade do fato criminal e até onde a justificativa de liberdade de expressão viola os direitos e garantias individuais.

Trata-se de uma conduta contumaz e inquisitorial da imprensa, que não permite o direito de resposta e qualquer outro meio de defesa eficaz ao acusado quando comparada aos prejuízos trazidos pela midiatização do suposto delito, haja vista que não observa os direitos e garantias individuais mínimos previstos na Constituição Federal.

Esse fenômeno, conhecido como julgamento antecipado, julgamento sumário ou processo penal paralelo, traz uma série de prejuízos, não só para a defesa do acusado, mas também para o órgão julgador prolator da sentença. Isto é, o excesso da exposição pela mídia sobre o fato penal atrapalha a atividade jurisdicional e se aproxima de um sistema inquisitorial não admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, justamente por interferir na compreensão da defesa e por pressionar o julgador a condenar.

Explica-se. O devido processo legal é um princípio previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/88, segundo o qual ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal. Ou seja, trata-se de um princípio que visa à proteção do indivíduo contra eventuais arbitrariedades do Estado na condução dos processos, haja vista que precisa seguir as normas previamente estabelecidas pelo legislador.³⁰

²⁹ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 54.

³⁰ *Ibid.*, p. 45-46.

Simone Schreiber afirma que:

O princípio do devido processo legal está relacionado à ideia de controle do poder estatal. O Estado pode, através de seus órgãos, a fim de realizar os fins públicos, impor restrições aos bens individuais mais relevantes. No entanto, não pode fazê-lo arbitrariamente. O escopo do princípio estudado é reduzir o risco de ingerências indevidas nos bens tutelados, através da adoção de procedimentos adequados. Ou ainda, garantir que a prolação de determinada decisão judicial ou administrativa seja precedida de ritos procedimentais assecuratórios de direitos das partes litigantes.³¹

O conteúdo desse princípio não ficou expresso na norma constitucional. Desse modo, coube à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) delimitar o conteúdo referente a um procedimento devido / adequado.

Com isso, o devido processo legal ganhou a condição de sobreprincípio, pois, da sua interpretação, extrai-se a norma, o sentido, de diversos outros princípios constitucionais correlatos, tais como a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural, a vedação de prova ilícita, entre outros. Ou seja, é um parâmetro interpretativo das regras processuais. O respeito a esses princípios permite a realização do devido processo legal. Falar de ofensa aos subprincípios é falar de violação ao devido processo legal.

Assim, a mídia, ao noticiar um fato penal e rotular o acusado, não permitindo que este se defenda minimamente ou mesmo dignamente, afronta o devido processo legal, por não assegurar que o sujeito tenha paridade de armas frente ao poder de influência da imprensa.

Schreiber afirma ainda que o devido processo legal é norma que deve ser observada em todos os atos judiciais ou administrativos, principalmente em âmbito criminal, bem como na aplicação de medidas cautelares. Segundo a autora, o rito das cautelares de caráter instrutório e assecuratório não é regido de forma detalhada pela legislação processual penal, tornando-se necessário que os juízes estabeleçam um rito adequado à realização dos fins da medida cautelar, mas que igualmente sejam compatíveis com o devido processo legal.

Em síntese, ao examinar historicamente a evolução de julgados do STF a respeito desse sobreprincípio, as decisões legitimam afirmar que, embora o Brasil não tenha visto um movimento semelhante ao *due process* norte-americano usado para impor os direitos do acusado aos estados da Federação, a Suprema Corte retirou desse sobreprincípio a noção de garantia de um processo justo.

Além disso, é importante destacar que a norma garante um julgamento justo, no sentido de que o acusado é protegido contra as mazelas e as arbitrariedades estatais, mantendo

³¹ SCHREIBER, *op.cit.*, p. 173.

o *status* de sujeito titular de direitos fundamentais, os quais não podem ser violados para os fins do exercício do poder punitivo estatal contra o indivíduo.

Significa dizer que as violações praticadas pela mídia não podem ser subterfúgio para institucionalizar a violência, a ofensa ao ambiente de julgamento, bem como interferir radicalmente na atividade jurisdicional.

Continuando a análise dos efeitos acerca do espetáculo midiático sobre fato criminal, verifica-se a afronta à ampla defesa e ao contraditório, subprincípios derivados do devido processo legal.

O princípio do contraditório é aquele que permite às partes e aos acusados em geral, em demanda judicial ou administrativa, manifestarem-se sobre as teses jurídicas apresentadas, bem como sobre documentos e demais provas produzidas pela parte contrária, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CRFB/88. Esse princípio deriva do tratamento paritário, ou seja, da igualdade de condições e de “armas” em uma relação processual. Já a ampla defesa permite às partes trazerem todas as alegações, teses e provas que considerarem relevantes e úteis à defesa e à garantia de seus direitos.³²

O contraditório, entendido como a possibilidade de manifestação da parte contrária acerca de todas as alegações e provas apresentadas, é violado pela ausência de oportunidade dada pela imprensa de o acusado se defender quanto ao conteúdo das matérias jornalísticas, seja pela falta de oportunidade de manifestação, seja pela (des)proporcionalidade entre eventual exercício de direito de resposta e o excesso de exposição do fato.

No que tange à ampla defesa, entendida como a possibilidade de alegar teses jurídicas e apresentar provas úteis à defesa, observa-se que é violada quando a mídia inviabiliza e cria embaraços à defesa externa ao processo, haja vista serem raras as situações em que o acusado ou o defensor se manifestam fora dos autos.

Além disso, é importante falar da presunção da inocência e como ela é desrespeitada pela imprensa. Trata-se de um princípio previsto no art. 5º, LVII, da CRFB/88, que estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Desse modo, impõe uma regra de tratamento que veda tratar o acusado como um criminoso, o que não se limita ao processo, englobando a sociedade como um todo. Isso ocorre, pois o processo penal deixou de ser visto como instrumento apto a materializar a pretensão punitiva estatal, passando a ser instrumento de tutela das liberdades.

³² DANTAS, *op. cit.*, p. 47.

Os jornais, ao rotularem o acusado como um criminoso, fato notório em programas policiais, afrontam diretamente o princípio em estudo, tendo em vista que a Constituição Federal impôs um dever de tratamento, que não se limita aos órgãos públicos e instituições responsáveis pela persecução penal e pelo julgamento.

Simone Schreiber se debruçou sobre o caso Nicolau dos Santos Neto, ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, hipótese em que verificou os fundamentos da prisão preventiva decretada nos autos. Segundo ela, com base na repercussão negativa dos fatos ventilados pela imprensa, a decisão foi fundamentada na garantia da ordem pública. Estudou ainda o caso Suzane Von Richthofen, em que a gravação de uma conversa entre a ré e seu advogado divulgada na mídia foi a causa da decretação de sua prisão cautelar, sem que houvesse qualquer fato novo capaz de fundamentar a decisão.

Após analisar dois casos de repercussão midiática, a autora concluiu que as decisões judiciais são influenciadas pela pressão da opinião pública veiculada pela imprensa, seja em sede cautelar ou em análise do mérito. Veja:

A impressão que se colhe é a de que, apesar de alguns julgados de turmas do Supremo afirmarem a necessidade de fundamentação específica para a decretação de prisão processual, dado o princípio da presunção de inocência, prepondera a tendência de temperar o princípio, prestigiando-se a prisão diante da gravidade do crime imputado e quando há grande repercussão do caso na imprensa. A análise de dois casos paradigmáticos, em que as decisões que decretaram a custódia cautelar dos réus foram claramente influenciadas pela “opinião pública”, e nos quais, não obstante isso, as prisões foram mantidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, permitirá observar como a forma como a imprensa repercute determinados julgamentos criminais põe em cheque o princípio constitucional da presunção de inocência.³³

Por fim, o princípio do juiz natural também é transgredido pelo modelo jornalístico atual. Tal princípio determina que o magistrado deve ser imparcial e competente para julgar a causa. A imparcialidade é o objeto de análise nesse momento, tendo em vista sua maior importância para a temática.

A imparcialidade do juiz é premissa para um julgamento justo. O direito de ser julgado por um juízo imparcial é um direito subjetivo do réu e é assegurado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, tudo em prol de um cenário favorável para que se possa apreciar a demanda com serenidade, desprovido de interesse pessoal e com equidistância das partes.

³³ SCHREIBER, *op. cit.*, p. 199.

Em pesquisa realizada por Flavia Catarina Alves Viali e Lana Alpulinário Pimenta Santos e publicada pela Universidade Estadual de Minas Gerais, as acadêmicas, ao falarem sobre a imparcialidade do magistrado ser comprometida pela imprensa, afirmaram que:

[...] as informações trazidas de forma desarrazoadamente ao público têm influenciado nas decisões de juízes que ou formam convicções motivadas pela mídia ou por medo da reação das pessoas diante seu julgamento de absolvição, corrompendo assim a sua imparcialidade. Um dos problemas dessa midiaticização é que mesmo que o acusado venha a ser declarado inocente ao final do processo, a sua honra a sociedade e seus familiares já estará manchada e impregnada com juízos de valores errôneos.³⁴

O estudo permite verificar algo que a academia jurídica vem consolidando com o decorrer dos anos: a imparcialidade do magistrado é comprometida em casos de grande repercussão midiática, haja vista o poder de influência dos meios de comunicação na vida em sociedade, o que abrange diversos ramos da sociedade, inclusive o ramo jurídico. Ou seja, a mídia interfere como os membros do Poder Judiciário são pressionados a decidir conforme o clamor social.

Significa dizer que a mídia exerce uma pressão que atrapalha o julgamento, em virtude da tendência do magistrado em atender aos anseios sociais. Ou seja, o julgador tende à parcialidade por ser moralmente coagido pela imprensa. Além disso, o excesso da publicização de ocorrência de crimes leva a um outro problema: a impossibilidade de arguição de suspeição do magistrado moralmente coagido. Hoje, não há fundamento legal que permita ao juiz se afastar do caso em razão de não ter condições para realizar um julgamento isento.

Nas palavras de Nilo Batista, a publicação da versão policial acerca dos fatos penais é acolhida como verdadeira pela sociedade, incluindo os membros do Poder Judiciário. O autor continua dizendo que as repressões praticadas pelo Estado são endossadas pela população em virtude da ausência de uma visão crítica acerca das matérias veiculadas pela mídia.

As dissimulações de violência cometidas por agências da ordem (“autos de resistência” visivelmente artificiais, diagnostico “tranquilizador” de “guerra de quadrilhas”, etc.) costumam ser acriticamente endossadas. A publicação da versão policial como se fosse a verdadeira foi incluída pelo jornalista Ancelmo Góes numa relação de erros mais grosseiros na cobertura policial, segundo Chico Nelson.³⁵

Diante disso, verifica-se que a publicidade dos atos processuais penais é essencial para assegurar proteção ao indivíduo, mas que, em excesso de divulgação, torna-se extremamente

³⁴ VIALI, Flávia; SANTOS, Lana A. P. Mídia e a influência nas decisões judiciais. *Revista Científica Semana Acadêmica*. Fortaleza, 2018. Nº 000149, 26/11/2018. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/midia-e-influencia-nas-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 24 fev. 2023.

³⁵ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 137.

prejudicial ao ambiente de julgamento, seja para a defesa, seja para o magistrado. Tudo o que foi exposto interfere para que o ambiente de julgamento saia do ânimo normal e se torne um ambiente desequilibrado, conforme argumenta Simone Schreiber.³⁶

Além de analisar os prejuízos sob a ótica da defesa e dos julgadores, é importante entender também como eventual repercussão do fato criminoso impacta na vida da vítima. Um dos efeitos da exposição excessiva é o sofrimento suportado pela vítima.

Para uma melhor compreensão, a noção de revitimização vem da criminologia e se refere a procedimentos e condutas que forcem as vítimas e demais envolvidos no delito a ter que reviver a experiência violenta sofrida ou presenciada, o que implica em novas violências e novos traumas. Ou seja, quanto à revitimização, trata-se de lembrar os atos de violência decorrentes do crime, seja através de procedimentos judiciais, seja através de comportamentos da sociedade sobre o fato.

Nesse sentido, as pesquisadoras Maria Alice Dantas Alczuk, Marina Avozani Munaretto e Zilda Mara Consalter realizaram um estudo em que buscam analisar o direito ao esquecimento como valor relacionado à dignidade da pessoa humana, visando impedir que acontecimentos passados, embora reais, sejam lembrados e republicados em nome da diminuição de dano à honra e à vida privada da vítima.³⁷

Embora o estudo realizado foque em crimes de violência contra a mulher, entendo que a tese sobre a revitimização se aplica aos crimes que deixam traumas às vítimas, haja vista o conceito criminológico de revitimização. As autoras apontam que a falta de regulamentação dos meios de comunicação gera frequentes abusos e ofensas praticados pela mídia ao noticiar crimes:

Isto porque, no Brasil, não há controle oficial dos meios de comunicação, pois ainda que haja previsão de regulação e democratização da mídia na Constituição da República, esta ainda não foi satisfatoriamente regulamentada. Deste modo, não há um “limite legal” imposto a esta atividade, de forma que se constata, com frequência, a prática de abusos e ofensas perpetrados pela mídia- mesmo que veladas ou até inadvertidas - ao noticiar a violência contra mulheres.³⁸

As autoras concluíram que a revitimização por meio da mídia ocorre quando os veículos de comunicação optam por uma abordagem mais sensacionalista, visando atender aos

³⁶ SCHREIBER, *op.cit.*

³⁷ ALCZUK, Maria Alice Dantas; MUNARETTO, Marina Avozani; CONSALTER, Zilda Mara. A revitimização midiática e o direito ao esquecimento como ferramenta de proteção das mulheres vítimas de violência de gênero. *Revista Científica do UniRios* 2022.1. Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2022/33/a_revitimizacao_midiatica_e_o_direito_ao_esquecimento.pdf> Acesso em: 25 fev. 2023.

³⁸ *Ibid.*

interesses mercadológicos, que dão mais audiência, sem se preocuparem com os efeitos cascata desse tipo de comportamento.

Diante do exposto, à luz do desenvolvimento da sociedade de informações, é possível afirmar que surgiram problemas decorrentes do poder de interferência da mídia em diversas áreas do cotidiano da sociedade, seja no aspecto comportamental, econômico ou jurídico, o que permite observar o entendimento de mídia como quarto poder.

Nesse último aspecto, verifica-se a violação de direitos e garantias fundamentais elencados pela Constituição Federal, em virtude de um direito de liberdade de expressão, na prática, absoluto. Dessa liberdade decorre a existência de um “processo penal paralelo” ou de um julgamento sumário realizado pela mídia, que impossibilita a defesa adequada do réu e o julgamento imparcial e isento pelo magistrado, bem como evidencia o fenômeno da revitimização.

O direito à liberdade de expressão é fundamental, principalmente após ao fim de um regime militar que censurou a imprensa por anos. Sabe-se a importância deste direito, mas é essencial deixar claro que não existe na Carta Magna um direito fundamental absoluto e ilimitado, de modo que é permitido mitigar determinado direito quando este colidir com outros direitos fundamentais.

O principal efeito decorrente do excesso de publicidade sobre o fato penal é a instabilidade gerada no ambiente de julgamento. A pressão indevida realizada pela sociedade e fomentada pela mídia gera efeitos prejudiciais à justiça, haja vista que um processo penal paralelo ou sumário não assegura direitos fundamentais, interfere subjetivamente na decisão do magistrado, bem como realiza uma revitimização desnecessária em certos casos.

Significa dizer que, a partir deste contexto, observa-se que a mídia interfere não só na sociedade contemporânea leiga em relação a aspectos jurídicos, mas também na conduta do magistrado, seja condenando o réu, seja decretando inadequadamente a prisão preventiva, banalizando tal instituto e desconsiderando todas as demais medidas cautelares previstas na legislação processual penal, como será visto no próximo capítulo.

2. A BANALIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Inicialmente, é importante saber o que é medida cautelar, bem como entender a sua finalidade, haja vista que, ao falar de banalização, é essencial saber as razões de ser do instituto, ora analisado, e os requisitos que autorizam sua aplicação.

Antes de adentrar no tema propriamente dito, é premente observar o princípio da individualização da pena, o qual assegura que esta não deve ser padronizada, de modo que cada autor de um delito tem a pena justa a ser cumprida. No mesmo sentido, deve-se promover a individualização das medidas cautelares provisórias, conforme previu o art. 282 do CPP.³⁹

As medidas cautelares de prisão são excepcionais, de modo que devem ser aplicadas apenas quando necessárias à instrução e à ordem pública. Significa dizer que as medidas cautelares surgiram com propósito de evitar ao máximo a prisão cautelar.

Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando isso realmente for útil à instrução e à ordem pública. Reforça, ainda, o princípio da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal somente deveria alcançar aquele que fosse efetivamente culpado. Por isso, somente se poderia prender, fora do cenário cautelar, quando a pena aplicada transitasse em julgado.⁴⁰

Nucci afirma que a Lei n. 12.403/2011, responsável por alterar o Código de Processo Penal, é clara quanto à excepcionalidade da prisão provisória, notadamente em seu art. 319. Veja-se:

Essa ideia foi reforçada após a edição da Lei 12.403/2011, que criou novas medidas cautelares, mais brandas, alternativas à prisão provisória, bem como deixando claro ser a prisão preventiva a *ultima ratio* (última opção). Confira-se: “a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada” (art. 282, § 6.º, CPP).⁴¹

Segundo Pacelli, as medidas cautelares surgiram para impedir o encarceramento em massa de natureza provisória, não podendo ser banalizadas e devendo ser aplicadas quando não for o caso de prisão em flagrante e se forem atendidos os requisitos previstos no Código de Processo Penal. Significa dizer que a finalidade das medidas cautelares é minorar os riscos à efetividade do processo, observando-se a necessidade da investigação ou da instrução criminal.

³⁹ BRASIL. *Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 07 mar. 2023.

⁴⁰ NUCCI, *op.cit.*, p. 151.

⁴¹ *Ibid.*, p. 941.

De se atentar, então, para o fato de que as atuais regras das cautelares pessoais, que surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória, não podem ser banalizadas, somente justificando a sua imposição, sobretudo quando não for o caso de anterior prisão em flagrante, se forem atendidos os requisitos gerais previstos no art. 282, I e II, CPP, fundada, portanto, em razões justificadas de receio quanto ao risco à efetividade do processo.⁴²

Ou seja, as medidas cautelares servem para proteger o processo e a aplicação da lei penal, sempre devendo-se considerar que a regra é a liberdade, e não o cárcere. Assim, a prisão preventiva deve ser a última medida a ser utilizada para assegurar o regular desenvolvimento dos atos processuais.

Assim, as medidas cautelares, por repercutirem em graves limitações de direitos fundamentais, notadamente a liberdade de locomoção em sua hipótese mais severa, exigem o respeito à legalidade estrita, sendo inviável aplicar restrições a direitos com base em analogias, além de não ser permitida a imposição de medidas atípicas ou fora dos limites legais.

Desse modo, verifica-se que o uso excessivo de prisão preventiva banaliza e desconsidera a aplicação das demais medidas cautelares diversas da prisão, incluídas no Código de Processo Penal pela Lei n. 12.403/2011. Além disso, o presente capítulo debate a inconstitucionalidade da prisão preventiva como mecanismo para garantir a ordem pública, o excesso de prisão preventiva como direito penal simbólico, bem como o encarceramento como solução às pressões midiáticas.

2.1. A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

Antes de iniciar a discussão propriamente dita, é importante destacar a origem do fundamento da garantia da ordem pública como justificativa para efetivar a prisão. Tudo começou na Alemanha em 1930, no início do regime nazista, o qual necessitava de uma autorização vaga, geral, imprecisa e aberta para motivar prisões, muitas vezes, irregulares, bem como para fortalecer o totalitarismo no país.⁴³

O histórico e a origem mostram que aplicar esse fundamento atualmente e no regime democrático sem defini-lo com precisão é uma conduta desassociada do sistema acusatório, que se aproxima muito do sistema inquisitorial e da corrente utilitarista, em virtude do poder de

⁴² PACELLI, *op. cit.*, p. 233.

⁴³ ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. *(Re)pensando a garantia da ordem pública como fundamento idôneo para a decretação de prisões cautelares*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5976/#:~:text=A%20pris%C3%A3o%20cautelar%20fundada%20na,de%20pessoas%20que%20pudessem%20ser>>. Acesso em: 23 jan. 2024.

manipulação das massas baseado na vontade dos personagens em exercício do poder. Nesse sentido é a afirmação de Aury Lopes Junior.⁴⁴

Além disso, torna-se premente falar do princípio da presunção de inocência, da legalidade e da finalidade da prisão preventiva, visto que esses são os principais fundamentos que dão base aos entendimentos doutrinários sobre o tema.

A presunção de inocência, como já abordado, trata-se de um dever de tratamento imposto à sociedade, segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nos termos do art. 5º, LVII, da CRFB/88.⁴⁵

Segundo Aury Lopes Junior, esse princípio tem uma dimensão interna aplicável, inicialmente, ao juiz, determinando que o ônus probatório recaia sobre a acusação, o qual, não desincumbido, deve implicar na absolvição do réu. Já externamente à ação penal, o princípio exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. O autor continua afirmando que o espetáculo realizado em torno do fato criminal representa um verdadeiro espetáculo midiático, o que deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.⁴⁶

Já o princípio da legalidade constitui uma norma direcionada ao Estado, de modo a impedir arbitrariedades, segundo o qual é determinado que não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina, conforme o art. 5º, XXXIX, da CRFB/88.⁴⁷ Na esfera penal, esse princípio ganha especial destaque em razão da taxatividade em matéria penal, motivo pelo qual as normas devem ser claras e precisas, sendo vedada a edição de normas vagas, imprecisas e abertas.

Por fim, a finalidade da prisão preventiva é cautelar, ou seja, deve assegurar o regular desenvolvimento do processo criminal, em sentido amplo, abrangendo não só a ação penal, mas também fase pré-processual. Tutela-se a investigação, a instrução criminal e a aplicação da lei.

Compreendidas essas ideias centrais, quando se fala em inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, há diversas posições e fundamentos distintos na doutrina.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 646. “Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha na década de 1930, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão ‘bem’ sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminados do Direito para fazer valer seus atos prepotentes”.

⁴⁵ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p. 580.

⁴⁷ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

Vale ressaltar que há corrente de pensamento no sentido da constitucionalidade da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. Guilherme Nucci entende ser necessário conferir à garantia de ordem pública um significado concreto, de modo a afastar ilações ou presunções de gravidade abstrata a qualquer infração penal.⁴⁸

Para o autor, torna-se necessária a comprovação de elementos básicos, tais como a gravidade concreta do delito, da repercussão social do ato praticado (nesse ponto a mídia permite o preenchimento desse requisito) e o envolvimento em organização criminosa. Verifica-se que o autor advoga da ideia pela constitucionalidade do art. 312 do Código de Processo Penal, devendo o intérprete dar o sentido adequado à norma penal.

O autor afirma que a ordem pública pode ser analisada por meio da repercussão midiática do fato penal, mas não somente em razão dela, haja vista que é necessário o abalo concreto à ordem pública. *In verbis*:

Note-se, ainda, que a afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário, como vêm decidindo os tribunais pátrios. Apura-se o abalo à ordem pública também, mas não somente, pela divulgação que o delito alcança nos meios de comunicação – escrito ou falado.⁴⁹

No mesmo sentido é a posição de Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Veja:

A mudança na legislação brasileira acerca da prisão preventiva, pois, não trouxe nenhuma mudança a respeito da legitimidade do fundamento “ordem pública”, que encontra justificção constitucional, consoante jurisprudência reiterada do STF, e segue a lógica da evolução dos instrumentos de proteção da paz social. Se a própria Corte Suprema vem reconhecendo que a natureza das decisões de decretação de prisão preventiva pode ter por fundamento o acautelamento do meio social, evitando a instabilidade das instituições, não existe sentido em negar vigência a tal dispositivo, o que justifica a utilização dos modernos meios de uniformização e vinculação da jurisprudência, previstos na Constituição Federal, de modo a preservar a segurança jurídica.⁵⁰

Ocorre que o Direito e o Processo Penal devem ter regras claras, em razão da legalidade estrita, haja vista sua condição de *ultima ratio* e o risco para a liberdade do indivíduo. Caso tal posição prevaleça na doutrina e na jurisprudência, torna-se possível afirmar que inexistente finalidade acautelatória da instrução criminal, de modo que é utilizada para justificar

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. São Paulo: Gen, 2016. [pdf].

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ FERNANDES, Flávio Marcelo de Azevedo Horta. *A Constitucionalidade do Fundamento “Ordem Pública” do Art. 312 do CPP – Necessidade de Observância da Cláusula de Reserva de Plenário para Afastar a Incidência, no Todo ou em Parte, do Referido Dispositivo Legal*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_161.pdf>. Acesso em: 18 maio. 2023.

irregularidades, bem como para proteger interesses meramente genéricos da sociedade, visando atingir a segurança jurídica coletiva.

Ou seja, é uma antecipação da prisão-pena em caráter precário com base no subjetivismo do magistrado e sem qualquer fundamento legal, em virtude de uma “carta branca” para o encarceramento, o que, por si só, inviabiliza a defesa técnica do acusado, tendo em vista o abstrativismo da decisão judicial.

Para a segunda corrente, a tese defendida pela primeira corrente é inconstitucional, em razão de uma desnaturação do instituto, ou seja, de um desvio da natureza cautelar intrínseca às prisões processuais, seja ela temporária ou preventiva, estreitando com a finalidade do processo. Isto é, a prisão cautelar é inconstitucional por antecipar a prisão-pena, ofendendo a presunção de inocência.

Nesse sentido é o entendimento de Ferrajoli. Para o autor, a prisão preventiva com fins à garantia da ordem pública é inconstitucional por violar a presunção de inocência. Segundo ele, é necessária uma decisão judicial definitiva que reconheça a culpabilidade do acusado, fundamentada em prova inequívoca e observado o devido processo legal, não podendo o Estado submeter o sujeito à pena. Significa dizer que o Estado não pode antecipar o cumprimento da pena através da prisão preventiva, haja vista que se destina à proteção do regular desenvolvimento do processo penal.⁵¹

Conforme expõe Alberto Binder e Zaza Namoradze, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) estabelece que a regra é a liberdade do acusado enquanto não houver uma decisão penal condenatória definitiva, ou seja, o acusado deverá ser mantido em liberdade durante o curso do processo, em razão da presunção de inocência. Veja:

É desse princípio que “deriva a obrigação estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários, para garantir que aquele não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações nem evadirá a ação da justiça.” Nesse sentido, a prisão preventiva é uma medida cautelar, não punitiva.⁷⁵ Sem dúvida, diz-nos a Corte IDH, a prisão preventiva é “a medida cautelar mais severa que se pode aplicar ao acusado de um delito, motivo pelo qual sua aplicação dever ter um caráter excepcional, em virtude de estar limitada pelos princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática.⁵²

Essa corrente de pensamento defende a inconstitucionalidade em virtude de a previsão legislativa afrontar o princípio da legalidade, haja vista que o fundamento “garantia da ordem

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

⁵² BINDER, Alberto; NAMARADZE, Zaza. *Defesa Criminal efetiva na América Latina*. São Paulo: 2016, p. 79 [pdf]. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/09/Web_Defesa_Criminal_Efetiva_AL.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023.

pública” é considerado uma norma vaga, o que é vedado pelo ordenamento jurídico penal. As críticas são contundentes, haja vista que a doutrina considera esse fundamento incompatível com o caráter instrumental das medidas cautelares e com a legalidade estrita, em razão de o sentido do conteúdo da norma ser indefinido, amplo e subjetivo, de modo que cada magistrado utiliza o fundamento de forma distinta, ou seja, não há um padrão.

Por ser um conceito vago e indeterminado, a garantia da ordem pública se presta à aplicação de qualquer *mandamus* preventivo, em virtude da flexibilidade conceitual. Além disso, a mídia contribui para a noção e definição de risco para a ordem pública como sinônimo de clamor público. Ou seja, é sinônimo de crime que gera comoção social, um abalo que perturba a tranquilidade da comunidade.

Ao ser questionado sobre o que significa, bem como sobre os limites do fundamento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tentou definir quando se aplica o fundamento da garantia da ordem pública. Segundo a Corte, no julgamento do AgRg no HC 658.308/SP, o fundamento em questão se aplica quando o agente possui antecedentes criminais, reincidência, atos infracionais anotados, inquéritos ou ações penais em curso, o que supostamente revela a periculosidade do indivíduo, conforme item 2 do acórdão, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. OUTRAS ANOTAÇÕES CRIMINAIS. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. GRUPO DE RISCO DA PANDEMIA DE COVID-19. NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis. 2. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente possuir maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade. 3. No caso, a decisão que impôs a prisão preventiva destacou que o agravante é reincidente específico, possui condenação por roubo e estava cumprindo pena em regime aberto. Assim, faz-se necessária a segregação provisória como forma de acautelar a ordem pública. 4. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade efetiva do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes. 5. Não demonstrado que o agente pertence ao grupo de risco previsto na Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça, não há falar em revogação da prisão preventiva ou concessão de prisão domiciliar em razão da pandemia causada pela Covid-19. 6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 658.308/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 18/6/2021.)⁵³

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 658.308/SP*. Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 08/06/2021, DJe 18/06/2021. Disponível em:

Ocorre que essas justificativas dadas pelo STJ não podem implicar na imposição da prisão preventiva, justamente em virtude da finalidade da prisão provisória, bem como que a garantia da ordem pública pode acolher uma infinidade de possibilidades capazes de, em tese, justificar o cerceamento da liberdade do acusado.

Além disso, o Tribunal Superior viola a reserva legal, considerada um subprincípio derivado da legalidade, uma vez que tal matéria deve ser definida pelo Poder Legislativo, não sendo competente o Tribunal para determinar o que significa garantia da ordem pública. A definição dos parâmetros de aplicação é matéria reservada à lei, não cabendo ao Tribunal usurpar a competência do Congresso Nacional e substituir a vontade do legislador, o qual, embora vago e impreciso, deve complementar o fundamento legal, ora em análise.

Cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a garantia de ordem pública como um conceito extremamente aberto e, desse modo, inapto para fundamentar a prisão preventiva. Ao julgar o Habeas Corpus n. 130.636, a Suprema Corte entendeu que, por mais grave e reprovável a conduta, por si só não se justifica o decreto de prisão preventiva, haja vista que a natureza cautelar do instituto exige a demonstração do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, conforme se verifica nos itens 3 e 4 do acórdão, *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE NOVO DECRETO DE PRISÃO QUE MANTÉM BASICAMENTE OS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR ANTERIOR. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RISCOS À ORDEM PÚBLICA, À INVESTIGAÇÃO E À INSTRUÇÃO CRIMINAL E À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS COM A MESMA EFICIÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. 1. A Segunda Turma desta Corte possui o entendimento consolidado no sentido da possibilidade de impetração de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário (HC 122268, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 4/8/2015; HC 112836, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 15/8/2013; HC 116437, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 19/6/2013). 2. Na superveniência de fatos novos, nada impede o decreto de nova prisão preventiva, como prevê, aliás, o art. 316 do Código de Processo Penal. Todavia, é incabível que eventual superveniência de novo ato construtivo concorra – mesmo involuntariamente – para limitar o exercício da competência do Supremo Tribunal Federal na apreciação de habeas corpus impetrado contra o primeiro decreto de prisão. A perda de interesse do habeas corpus somente se justifica quando o novo título prisional invocar fundamentos indubitavelmente diversos do decreto de prisão originário. Precedentes. 3. A prisão preventiva supõe prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. A eles deverá vir agregado,

necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar: (a) a garantia da ordem pública, (b) a garantia da ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal ou (d) a segurança da aplicação da lei penal. 4. Os fundamentos utilizados não se revelam idôneos para manter a segregação cautelar, porquanto os supostos riscos à ordem pública, à investigação e à instrução criminal e à aplicação da lei penal não estão baseados em circunstâncias concretas relacionadas ao paciente. As únicas condutas delituosas concretamente apontadas remontam ao período de março de 2009 a março de 2012. O que há, na verdade, é presunção, sem fundamentação idônea, de que o paciente seguirá a cometer crimes, o que não é admitido pela jurisprudência desta Corte como fundamento para a decretação da custódia cautelar. 5. Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais (HC 106446, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 20/9/2011; HC 114098 Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 12/12/2012). No caso dos autos, como já afirmado, o longo tempo decorrido desde o decreto de prisão e a significativa mudança do estado do processo e das circunstâncias de fato estão a indicar que a prisão preventiva atualmente pode (e, portanto, deve) ser substituída nos termos dos arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal, por medidas cautelares diversas. 6. Ordem parcialmente concedida, para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares específicas.

(HC 130636, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016)⁵⁴

Nesse sentido é a posição de Stéfano Fracon Werneck de Avellar:

Em primeiro lugar, a imprecisão conceitual da expressão “garantia da ordem pública” assume um perigoso caráter utilitarista, podendo servir de fundamentação aos anseios (e devaneios) repressivistas que movem as engrenagens do sistema de justiça penal brasileiro.⁵⁵

Geraldo Prado também se mostra preocupado com o uso da prisão preventiva de forma indiscriminada e abusiva, haja vista que, na visão do autor, a simples imagem de uma prisão que pode ser decretada sem qualquer fronteira semântica a estabelecer o significado objeto de denotação e conotação mostra o quão abusiva pode ser a medida e os riscos da opção.⁵⁶

Aury Lopes Junior também discorda da prisão preventiva por garantia da ordem pública. Segundo o autor, a argumentação da decisão vai no sentido da necessidade de segregação do indivíduo para o restabelecimento da credibilidade das instituições. Veja:

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 130.636/PR*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347973/false>>. Acesso em: 07 mar. 2023.

⁵⁵ AVELLAR, S. F. W. *A inconstitucionalidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/387534347/a-inconstitucionalidade-da-prisao-preventiva-para-a-garantia-da-ordem-publica>>. Acesso em: 07 mar. 2023.

⁵⁶ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: FERNANDES, Og (coord). *Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: RT, 2011. [pdf].

Noutra dimensão, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando os poderes públicos precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado.⁵⁷

O autor continua sua explanação afirmando que a prisão preventiva em nome da ordem pública sob o fundamento de risco de reiteração de delitos não atende ao processo penal, e sim a função de polícia do Estado, alheia ao objeto e fundamento do processo penal.

Além disso, diz que o perigo de reiteração delituosa evidencia o desejo mítico por um Direito Penal do futuro que proteja do que pode ou não vir a ocorrer. Nem o Direito Material nem o processo estão aptos à pseudotutela do futuro.⁵⁸ Simplesmente, não há como saber se, caso o sujeito permaneça em liberdade, cometerá ou não um delito. Trata-se de uma prova impossível de ser produzida.

A CIDH entende que há violação de direitos humanos quando o Estado ceifa a liberdade do acusado sem os fundamentos mínimos e necessários no que tange à existência do fato supostamente criminoso, bem como em relação à participação e culpabilidade do sujeito. No caso *Servellón García e outros contra Honduras*, a CIDH deixou clara essa posição a respeito da prisão preventiva. A Corte entende a necessidade de indícios suficientes que permitam concluir razoavelmente pela culpabilidade e pela participação do indivíduo no ilícito investigado pelos órgãos de persecução penal.

90. Asimismo, la Convención prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad⁵⁷. La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención.⁵⁹

Em síntese, conclui-se que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública é inconstitucional, tendo em vista que o fundamento é vago / aberto, o que viola diretamente o princípio da legalidade e da presunção de inocência. Essa modalidade de prisão tem defeito genético, haja vista não possuir natureza cautelar, sendo substancialmente inconstitucional por se tratar, muitas vezes, de uma antecipação da prisão-pena. Tal fundamento contribui para a

⁵⁷ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2017, p. 650.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 651.

⁵⁹ CORTE IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*, sentença 21 de setembro de 2006, série C, n.15. §§. 90 e 101. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023.

utilização indiscriminada da prisão cautelar de natureza preventiva, bem como para a violação de direitos humanos, uma vez que a liberdade é a regra do processo penal.

Consequentemente, é possível afirmar que o fundamento em análise contribui para o encarceramento em massa, o que aumenta demasiadamente os custos financeiros para o Estado, uma vez que é extremamente comum os juízes fundamentarem a decretação da prisão para a garantia da ordem pública de modo genérico, isto é, sem explicar o fundamento.

Ademais, em uma análise da população carcerária, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional em virtude da superlotação e das condições indignas submetidas ao preso, nos termos da ADPF n. 347.

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.⁶⁰

(ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

É possível concluir que há uso excessivo da prisão provisória, uma vez que os dados do último estudo publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam para um número maior de presos sem condenação quando comparados com os números de presos condenados e de presos em cumprimento de pena. Significa dizer que a população carcerária é composta majoritariamente por presos provisórios, e não por aqueles que realmente têm razões para fundamentar a prisão.⁶¹

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21 mar. 2023.

⁶¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Cadastro Nacional de Presos*. P. 41. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2023.

O estudo do CNJ verificou que 40,14% dos presos são provisórios (sem condenação), 24,72% são presos condenados em execução provisória (sem condenação definitiva) e 35,15% são presos condenados em execução definitiva, o que permite concluir pelo uso indiscriminado da prisão preventiva, sendo boa parte delas com base na garantia da ordem pública, motivação inconstitucional, conforme já exposto. Tais dados evidenciam que a prisão provisória não é uma exceção, mas a regra do processo penal brasileiro.

Considerando a inconstitucionalidade do fundamento legal analisado, passa-se a analisar como o uso indiscriminado desse fundamento justifica o excesso de decretação de prisões preventivas e como isso representa um direito penal simbólico e repressivo decorrente da pressão midiática.

2.2. O DIREITO PENAL SIMBÓLICO E O EXCESSO DE PRISÃO PREVENTIVA

Inicialmente, é necessário compreender pontos preliminares acerca da Teoria da Rotulação; do exercício de um Direito Penal Simbólico, tentando ser cada vez mais repressivo; como ambos são estimulados pela mídia e como repercutem no excesso de encarceramento; bem como no fortalecimento das bases do Direito Penal do Inimigo desenvolvido pelo autor alemão Günther Jakobs e objeto de estudo de Eugenio Raúl Zaffaroni, violando a proporcionalidade das medidas cautelares.

É importante destacar que a mídia interfere em diversas áreas da vida, conforme já exposto, sendo capaz de conduzir a sociedade, formar o seu pensamento e influenciar as decisões das autoridades públicas. A partir disso, considerando que a mídia é formadora da opinião pública, é possível afirmar que ela contribui diretamente para o fortalecimento da Teoria da Rotulagem ou do Etiquetamento Social e para que o Direito Penal seja cada vez mais simbólico.

Trata-se de uma teoria criminológica em que a definição de crime e de criminoso é construída socialmente a partir da tipificação legal e das ações de órgãos oficiais de controle social acerca do comportamento de determinados indivíduos. Significa dizer que a criminalidade não é algo do delinquente ou inerente a ele, mas um rótulo colocado em certos sujeitos que a sociedade qualifica como criminoso. Em síntese, o comportamento desviante é aquele definido como tal pela sociedade.

Direito Penal simbólico se trata da utilização do Direito Penal como instrumento repressivo, em que se busca a aprovação de leis mais rigorosas, embora, na prática, sejam ineficazes e inaplicáveis, uma vez que estabelecem meros símbolos de rigor. Tem como

justificativa conferir maior segurança pública, mas o efeito é justamente o contrário, seja pelo excesso de alteração legislativa, seja pela ausência de reflexão sobre o conteúdo da norma em um momento de crise e instabilidade da ordem pública e social.

Fauzi Hassan Choukr, em sua obra *Processo Penal de Emergência*, discorre que a noção de emergência está intimamente relacionada com a de urgência. Segundo ele, emergência remete à ideia de situações que desestabilizam o *status quo ante*, pondo em xeque os padrões de comportamento para a preservação da ordem pública, alterando as estruturas de normalidade. O resultado diante da emergência é um só: uma resposta rápida, imediata e simplista por parte do Estado.⁶²

Trazendo para o contexto midiático, o qual torna o fato emergencial ainda mais alarmante, verifica-se que o Estado satisfaz o clamor público com a criação de leis, fazendo surgir normas desnecessárias e meramente simbólicas como, por exemplo, a Lei Mariana Ferrer. A lei foi criada para coibir a humilhação de vítimas e testemunhas nas demandas criminais.

Porém, o art. 400-A do Código de Processo Penal diz que, nos casos que envolverem a dignidade sexual, todas os sujeitos processuais devem zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilidade cível, criminal e administrativa. Tal redação demonstra ser desnecessária a criação de uma lei para tal finalidade, salvo em caso de mero simbolismo e homenagem à vítima, haja vista que foi editada uma lei específica para tipificar delitos já existentes anteriormente no ordenamento jurídico.

Além disso, Evinis Talon é preciso ao afirmar que o Direito Penal simbólico se aproxima do Direito Penal de urgência ou de emergência, uma vez que defende a necessidade de reformar a legislação penal, ainda que sem as devidas análises, discussões e debates sobre o tema, focando em dar satisfação momentânea à opinião pública abalada por crimes de grande repercussão midiática.⁶³

Segundo o autor, tal Direito Penal simbólico costuma focar em determinadas pessoas, notadamente aquelas acusadas de cometer ilícitos, causadoras do caos e da desordem. Essa noção se aproxima daquilo que ficou conhecido como o Direito Penal do Inimigo, o qual é um modelo de política criminal.

⁶² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁶³TALON, Evinis. *O Direito Penal Simbólico*. Disponível em: <<https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/538549101/o-direito-penal-simbolico#:~:text=Caracter%C3%ADsticas%20do%20Direito%20Penal%20simb%C3%B3lico,que%20sem%20os%20devidos%20debates.>>. Acesso em: 21 mar. 2023.

Nesse modelo ficou estabelecida a necessidade de segregar da sociedade os sujeitos que o Estado considera inimigos, retirando seus direitos e garantias fundamentais. O Direito Penal do Inimigo tem como característica a antecipação da tutela penal, a desproporcionalidade das penas e a relativização de garantias penais e processuais.

Aqui vale a pena destacar o ensinamento de Zaffaroni, segundo o qual:

A doutrina pré-moderna não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la, aceitando implicitamente que para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo. A única maneira de legitimar o poder punitivo reconhecendo a seletividade – quer passando por cima dela, quer subestimando-a – é apelando ao valor meramente simbólico da pena e à sua conseqüente funcionalidade como prevenção geral positiva, pois esta pode ser cumprida, ainda que a pena opere em número muito reduzido de casos e até em nenhum, com relação a certos delitos.⁶⁴

Outro ponto importante da análise é a evolução do pensamento criminológico. No decorrer do tempo, a noção de crime e criminoso foi mudando, de modo que, no contratualismo do século XVIII, o criminoso era aquele que rompia o pacto social firmado entre os membros da sociedade e o Estado e, por lógica, crime seria a violação das regras previamente estabelecidas.

Já no século XX, tal concepção foi alterada. Para a criminologia crítica, em relação à definição de criminoso, trata-se de uma qualidade, de uma rotulagem do indivíduo, ou seja, de um *status* atribuído a ele a partir da estigmatização que permeia o sistema penal, razão pela qual o crime se tornou mera definição.

Nesse sentido, observa Aline Vieira Montenegro Barbosa: “Desta forma, uma vez rotulado, o indivíduo passa a ser marginalizado – isto quando o rótulo não advém da própria marginalização – o que culmina em sua posterior classificação como um ser potencialmente perigoso, sendo tratado como tal”.⁶⁵

Analisando dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça e pela página virtual da Câmara dos Deputados, é possível afirmar que, no Brasil, os rotulados e marginalizados, integrantes do sistema carcerário, são pessoas negras, pobres, de baixa escolaridade e que cometem principalmente os delitos patrimoniais e de tráfico de drogas. Isso mostra que há uma seletividade feita pela sociedade e incentivada pelo sistema penal. Ou seja, há um perfil do detento, o qual é selecionado e passa a compor a população carcerária.⁶⁶

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 88.

⁶⁵ BARBOSA, Aline Vieira Montenegro. *O direito penal do inimigo e a seletividade do sistema penal: dois lados da mesma moeda*. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/aline_barbosa_20171.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2023

⁶⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O encarceramento tem cor, diz especialista*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/o-encarceramento-tem-cor-diz-especialista/>>. Acesso em: 22 mar. 2023; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Cadastro Nacional de Presos*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp->

Saete Maccalóz, ex-juíza e desembargadora federal, tem essa mesma leitura da prestação de serviço jurisdicional e do sistema penitenciário. Segundo a autora, a sociedade sempre se interessou por demandas criminais, de modo que moldava sua opinião sobre o Poder Judiciário, no sentido de que este punia rigorosamente os negros e pobres, deixando impunes os mais abastados.

Mesmo sendo um Poder desconhecido, a sociedade sempre fez algumas formulações sobre a Justiça, principalmente na área criminal, pelo fato de punir com severidade negros e pobres, no crime, e as mulheres, no cível, deixando impunes os mais aquinhoados, tanto que os recentes (e raros) processos contra “endinheirados” estão sendo qualificados de *branqueamento* da Justiça.⁶⁷

Segundo Zaffaroni, ao analisar a obra de Jean Bodin, tal seletividade se mostra necessária para a funcionalidade do sistema penal e para a preservação do poder dos magistrados. Trata-se de prática bem antiga, o que mostra a ausência de desenvolvimento do sistema, que precisa punir exemplarmente determinados indivíduos para normalizar o caos. Veja:

É a *saúde do corpo da República*, ou seja, o sistema ou organismo da República, que se desequilibraria, dando lugar a que o povo se voltasse contra os próprios magistrados, o que impunha a execução dos *espertos* que carecem de dinheiro e de amigos. Em outras palavras, era a própria preservação do poder dos magistrados que os obrigava a matar uns poucos *velhacos*. Com essas mortes, o povo se tranquilizava, isto é, não se rebelava, vale dizer, em jargão funcionalista de hoje, a situação se *renormalizava*.⁶⁸

Observando esse cenário, verifica-se que há um excesso de rigor na criação de algumas leis penais brasileiras, em virtude da falta de debates sobre o tema a ser regulamentado, o que fortalece a ideia do Direito Penal simbólico. Com base nessa regulamentação, verificam-se decisões exemplares que, embora fundamentadas, violam a proporcionalidade entre a conduta supostamente praticada e a pena imposta, representando o simbolismo que ora se discute.

Um exemplo disso é a criação da Lei n. 14.344/22 (Lei Henry Borel), a qual foi publicada cerca de um ano após a ocorrência do crime, estabelecendo novos tipos penais pelo descumprimento de medida protetiva e pela não comunicação à autoridade acerca de violência educacional, corretiva ou disciplinar contra a criança e o adolescente. Entende-se que os novos

content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2023; BRASIL. Câmara dos Deputados. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 22 mar. 2023.

⁶⁷ MACCALÓZ, Saete Maria Polita. *O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 12.

⁶⁸ ZAFFARONI, *op.cit.*, p. 90.

tipos penais são desnecessários, uma vez que o Código Penal possui diversas previsões capazes de tutelar as condutas agora criminalizadas.⁶⁹

A título exemplificativo, é possível apontar situações que já eram regulamentadas pelo ordenamento e que passaram a ser criminalizadas como forma de resposta ao clamor social.

Veja:

- No art. 44, § 4º, do CP, há previsão da conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade pelo descumprimento injustificado de restrição imposta.⁷⁰
- O art. 81, III e § 1º, do CP estabelece a revogação da suspensão condicional da pena por descumprimento de condições.⁷¹
- Além disso, o descumprimento de medida protetiva é fato capaz de implicar na decretação de prisão preventiva, visando assegurar a integridade física e psíquica da vítima, tendo em vista que aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão se mostrou insuficiente.
- Por fim, pessoas que não comunicarem atos de violência contra a criança ou o adolescente à autoridade policial ou ao Conselho Tutelar poderão responder por omissão de socorro.

Ademais, alterar o Código Penal prevendo uma nova qualificadora para o homicídio cometido contra menor de 14 anos, com a mesma pena cominada em abstrato das demais qualificadoras, é totalmente dispensável, pois o próprio Código Penal já protege a vulnerabilidade da vítima.

A edição dessa lei deixa claro que o instrumento normativo não foi discutido devidamente, uma vez que a legislação penal anterior à Lei Henry Borel bastava para proteger os bens jurídicos tutelados. Isso evidencia aquilo que atualmente chamamos de Direito Penal simbólico.

À época, o crime foi de tanta comoção social que a mídia pressionou as autoridades para que tomassem providências acerca do crime, tanto na esfera judicial quanto na esfera legislativa. Isso permite concluir que tal lei mais rigorosa é meramente simbólica, dando apenas uma resposta para a sociedade, o que contribui para o aumento da população carcerária.

⁶⁹ BRASIL. *Lei n. 14.344*, de 24 de maio de 2022 (Lei Henry Borel). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/114344.htm>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁷⁰ BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁷¹ *Ibid.*

O paralelismo entre a satisfação da opinião pública, normalmente moldada pela mídia, como já visto, e o simbolismo exercido pelo Direito Penal fica claro na lição de Evinis Talon, *in verbis*:

Diante da busca de uma satisfação popular, dificilmente a legislação decorrente do Direito Penal simbólico terá alguma aparência de ressocialização. Nessas situações, a função retributiva da pena é invocada como única alternativa para resolver os problemas sociais.⁷²

Ao extrair conclusões acerca dos dados sobre a população carcerária divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, verifica-se que a superpopulação dos presídios tem como responsável principal o excesso de prisões preventivas. Isso porque, dos 40% dos presos provisórios, 24% têm a prisão revogada após as decisões serem revistas.

Significa dizer que mais da metade dessas prisões são desnecessárias, o que permite afirmar que as medidas cautelares diversas da prisão são banalizadas pelos órgãos de persecução penal, ao não utilizá-las proporcionalmente em relação ao caso concreto, e pelo Poder Judiciário, ao decretar a prisão provisória indiscriminadamente.

Ainda que os órgãos de persecução penal requeiram a aplicação de medida cautelar menos gravosa, o STJ tem decisão no sentido de que o magistrado poderá decretar medida mais grave do que aquela requerida, o que não configura atuação de ofício. Ou seja, o magistrado pode ir além do pedido realizado pelo Ministério Público.⁷³

Segundo a Corte Superior, há dois fundamentos que autorizam essa decisão do magistrado. Trata-se do livre convencimento motivado e da não vinculação do juiz ao pedido formulado pelo Ministério Público. Ocorre que o problema está justamente na falta de fundamentação da decisão, conforme abordado no item 2.1 do presente capítulo.

Ocorre que Aury Lopes Junior lamenta a possibilidade de o legislador ainda permitir a decretação da prisão preventiva de ofício, não compreendendo as normas do sistema penal acusatório e a imparcialidade do magistrado, assumindo uma postura incompatível com o sistema acusatório.

Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e a própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova redação do art. 311 não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no “curso da ação penal”.⁷⁴

⁷² TALON, *op. cit.*

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n. 145.225/RO*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=145729872®istro_numero=202100978596&peticao_numero=&publicacao_data=20220322&formato=PDF>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁷⁴ LOPES JUNIOR, *op. cit.*, 2017, p. 630.

Assim, é possível realizar um *link* entre os poderes conferidos aos magistrados e o excesso do uso da prisão preventiva. Isso ocorre em virtude de os magistrados, muitas vezes, dispensarem o uso das medidas cautelares diversas da prisão, violando não só a proporcionalidade, como também a dignidade da pessoa humana.

Segundo o autor, o princípio da proporcionalidade é o principal sustentáculo das prisões cautelares, haja vista que a sua observação é essencial para o equilíbrio entre interesses opostos, notadamente a liberdade e a eficácia na repressão dos delitos. A proporcionalidade deve orientar a decisão judicial à luz da situação concreta, devendo o magistrado analisar a gravidade da medida e a finalidade pretendida.

Ou seja, é importante que o juiz balize sua decisão com base na adequação e necessidade da medida para que não haja banalização da prisão provisória, sendo vedado que tal prisão seja uma antecipação da pena, o que frequentemente acontece e solidifica a ideia de um Direito Penal do Inimigo.⁷⁵

Nesse sentido é a posição de Daniela dos Reis Seixas Coelho:

Analisar sua adequação (motivos e fins), necessidade (não exceder o imprescindível ao resultado almejado) em uma visão da proporcionalidade em sentido estrito (lógica da ponderação), é uma forma de conjugá-la com o princípio da dignidade da pessoa humana, no viés de proibições de excessos da intervenção penal.⁷⁶

Renato Brasileiro também leciona no sentido de reconhecer o uso abusivo da prisão cautelar, o que contribui para a deterioração dos presídios em razão da superlotação e da situação precária em que se encontram. O autor continua dizendo que ter um olhar humanizado e à luz da dignidade humana é a base para a aplicação proporcional das medidas cautelares.⁷⁷

Significa que a imposição de prisão cautelar é abusiva e, portanto, desproporcional, o que implica em prejuízos não só para o sujeito, mas também para o Estado, uma vez que a superlotação carcerária gera um gasto enorme para o Poder Público. De acordo com um estudo divulgado pela Universidade de São Paulo (USP) e baseado em dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) coletados em 2022, cada preso custa em média R\$ 1.800,00/mês (mil e oitocentos reais por mês) aos cofres públicos.⁷⁸

⁷⁵ *Ibid.*, p. 595-596.

⁷⁶ COELHO, Daniela dos Reis Seixas. *Medidas Cautelares Diversas à Prisão: O princípio da Proporcionalidade e as medidas cautelares diversas à prisão*. Disponível em: <<https://periodicos.ufam.edu.br/index.php/relem/article/download/8920/6455>>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁷⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 931.

⁷⁸ USP. *Brasil gasta quase quatro vezes mais com sistema prisional em comparação com educação básica*. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/ciencias/brasil-gasta-quase-quatro-vezes-mais-com-sistema-prisional-em-comparacao-com-educacao-basica/>>. Acesso em: 23 mar. 2023.

Considerando que a população penitenciária atual gira em torno de 800 mil presos, importa em uma despesa de aproximadamente R\$ 1,4 bilhão de reais por mês e R\$ 16,8 bilhões de reais por ano.

Conforme visto, atualmente o sistema penitenciário sofre com o encarceramento em massa, uma vez que há um déficit de aproximadamente 67%. Isto é, a população carcerária é 67% maior do que o número de vagas disponível em presídios, sendo um reflexo do excesso de prisões decretadas, em que a maior parte dos presos são provisórios.

Tais dados também refletem em gastos vultuosos para o poder público, verbas estas que poderiam ser destinadas a outras áreas de desenvolvimento da educação, da saúde e demais setores de infraestrutura da população. Porém, conforme o estudo supracitado publicado pela USP, o investimento do país é maior no sistema penitenciário do que na educação, ou seja, o Estado gasta mais com a população carcerária (que não chega a 800 mil de pessoas) do que com milhões de jovens em fase de desenvolvimento.

O cenário não poderia ser diferente se considerarmos que a educação molda cidadãos, em tese, mais regrados. Nesse contexto, cada vez mais o simbolismo do Direito Penal se faz presente, pessoas respondem a processos criminais, magistrados decretam a prisão preventiva, a população carcerária de presos provisórios aumenta e os custos para o Poder Público e para a sociedade disparam.

Portanto, ao analisar os dados combinados com a posição de magistrados e autores renomados, resta evidente a necessidade de mudar radicalmente essa essência do sistema de justiça e de leis extravagantes, fomentada pela atuação descompromissada dos veículos de comunicação, que enxergam na prisão e na criminalização uma forma de solucionar problemas.

Há um claro excesso no uso da prisão preventiva, uma vez que os dados atuais retratam números extravagantes de presos provisórios, tanto proporcionalmente em relação à totalidade de presos quanto em relação ao Direito Comparado.

Em um artigo científico divulgado pela Revista da EMERJ, o autor e juiz federal Francisco Glauber Pessoa Alves trouxe dados que ilustram o excesso. Enquanto diversos países possuem entre 20% e 30% de presos provisórios, o Brasil atinge patamares elevados ao ter por volta de 40% de presos dessa natureza.⁷⁹

Veja:

A prisão processual deve ser exceção e não a regra. Entre países desenvolvidos, é menor o índice de presos provisórios: França (27,2% em janeiro de 2016), Alemanha (19,8% em novembro de 2015) e Estados Unidos (20,4% em 2013). Na América do

⁷⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas BNMP nacional*. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

Sul, a título ilustrativo, importante frisar os dados do Chile (29,7% em dezembro de 2015) e da Colômbia (35,9% em janeiro de 2016).⁸⁰

O autor ainda expõe que a solução encontrada para a problemática do encarceramento em massa passa pelo investimento financeiro destinado ao sistema penal. Ou seja, sem prejuízo de eventuais reformas de premissas e da legislação penal, a solução sugerida é a destinação de recursos financeiros à esfera criminal.

Esse entendimento permite concluir que a tendência é aumentar o custo do sistema, não se tratando de uma política criminal voltada à causa do problema, sendo assim mero remédio paliativo. Tal visão ainda autoriza dizer que há grande excesso de prisões, pois o sistema necessita cada vez mais de recursos para se manter minimamente. Não há uma preocupação com a causa do problema, a qual perpassa pelo uso indiscriminado das prisões processuais de natureza provisória.

Defende-se que boa parte do problema ora enfrentado, notadamente o excesso de prisão preventiva, a superpopulação carcerária e o aumento exponencial dos custos do sistema penitenciário, não será solucionada com o simples investimento. A questão é mais profunda. É necessário reanalisar toda a sistemática, desde a atuação do Poder Legislativo até a decretação de prisões cautelares.

Ao representar suposta vontade do povo e editar algumas leis fortalecedoras do direito penal simbólico e punitivista, o legislador dá o fundamento aos magistrados. Leis mal elaboradas repercutem negativamente na atuação dos juízes e demais operadores do Direito, como já exposto.

Além disso, torna-se importante dar maior atenção às audiências de custódia, pois é nesse momento que o juiz toma a decisão de converter o flagrante em prisão preventiva. Trata-se de instrumento extremamente relevante no combate ao uso da prisão provisória.

Por fim, é igualmente essencial que os magistrados sejam responsáveis ao avaliar os requisitos da decretação da prisão, tais como o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, bem como os princípios que a gravita, notadamente a adequação, a necessidade, a excepcionalidade e a proporcionalidade.

Desse modo, conclui-se que o problema nasce na política criminal repressiva e voltada à punição exemplar do Direito Penal. Avança com a aplicação da lei por alguns magistrados e

⁸⁰ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A custosa questão carcerária brasileira e as inverdades convenientes. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19 n. 4: 2017, p. 41. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19_n4/revista19_n4_37.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

permanece com a ausência de combate à causa real, a qual não se limita a mero investimento de recursos. O excesso de prisão cautelar é o resultado de diversas falhas do sistema penal.

2.3 O PUNITIVISMO E O ENCARCERAMENTO COMO SOLUÇÃO ÀS PRESSÕES DA MÍDIA

Dando prosseguimento à questão do encarceramento em massa, é importante realizar alguns apontamentos preliminares, principalmente quanto à atualização e às reformas legislativas e o cenário arcaico do sistema penal. Atualmente, os Poderes enxergam no encarceramento a solução para a violência, punindo e livrando a sociedade dos criminosos.

Como já visto, tal movimento político, jurídico e social é diurnamente fomentado pela atividade jornalística, haja vista que formam a opinião pública e orientam as tendências da sociedade, moldando o comportamento. Ao eleger candidatos para ocupar cargos de deputado, senador, presidente da república e governador, é evidente a opção dos brasileiros pela repressão ao crime e ao criminoso, deixando clara a vontade do povo direcionada à diminuição da “impunidade”.

Tais fatos facilmente constatáveis mostram a cultura punitivista que impregna o sistema penal, desde o legislador e as escolhas de política criminal até a decisão do Poder Judiciário. Os fatos criminais amplamente divulgados e manipulados pela mídia contribuem para a formação do pensamento jurídico filiado ao punitivismo.

Andrinny Almeida ensina que o movimento pelo encarceramento em massa como solução às pressões da mídia e da sociedade, trata-se de resposta conveniente do Poder Público à violência cada vez maior, ainda que se mostre ineficaz. Embora existam meios diversos para evitar a prisão, verifica-se que são relativizados em razão da banalização e do uso indiscriminado da prisão cautelar. Veja:

Insta referir que, em 2001, a taxa de presos por 100 mil habitantes era de 135. No entanto, passado pouco mais de uma década, essa cifra subiu para 306. Portanto, constata-se que há um movimento de encarceramento em massa que visa a erradicar a violência, punir e livrar a sociedade de bem dos criminosos. No entanto, os índices de violência demonstram claramente que não houve melhora mesmo com o aumento exponencial de encarcerados no Brasil. No ano de 2016, por exemplo, pela primeira vez na história, o número de homicídios no Brasil superou a casa dos 60 mil em um ano.⁸¹

⁸¹ ALMEIDA, Andrinny. *A cultura do punitivismo e o encarceramento em massa*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/cultura-do-punitivismo-encarceramento/#:~:text=Portanto%2C%20constata%2Dse%20que%20h%C3%A1,exponencial%20de%20encarcerados%20no%20Brasil.>>>. Acesso em: 26 abr. 2023.

Visando dar uma explicação um pouco mais didática, é importante ainda mencionar os registros realizados pelo IPEA no Atlas da Violência de 2018 e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. A título exemplificativo, segundo tais estudos, o número de homicídios no Brasil representa uma elevação de casos 30 vezes superior aos casos apurados na Europa. O aumento da violência, da intolerância e, conseqüentemente, dos registros mostram que o exercício de uma justiça punitivista não é solução para o problema.

Quando se analisam os dados da violência e o número de presos, permite-se ao intérprete concluir que o encarceramento, a previsão de tipos penais mais gravosos e uma política criminal mais punitiva não implicam em resultados positivos para o combate da violência. Em outras palavras, importa dizer que a decretação desenfreada de prisões, visando apenas dar uma resposta a determinados setores da sociedade, não gera um resultado satisfatório, ou seja, não serve como parâmetro de solução para a violência.

Ademais, como já exposto, a mídia molda o comportamento e o desejo da sociedade, entre eles a sede por justiça, fomentando o uso indiscriminado de prisões processuais como antecipação da prisão-pena. Ocorre que os órgãos jurisdicionais não podem simplesmente atender à pretensão social, devendo decidir de modo técnico, haja vista que não se trata de órgão político.

Significa dizer que a pretensão da sociedade estimula agentes estatais a serem verdadeiros heróis. Ocorre que essa não é a função do Poder Judiciário, razão pela qual as decisões proferidas não podem ser norteadas pelo clamor de um público sedento por justiça e vingança.

As pressões da mídia sob o fundamento da liberdade de expressão incentivam decisões temerárias, criando precedentes perigosos e arbitrários, uma vez que não permitem que magistrados decidam com equilíbrio em casos de grande repercussão. Ou seja, o punitivismo é fortalecido frequentemente pelos jornais, implementando uma cultura na comunidade jurídica, política e legislativa, ainda que essa onda punitivista e atécnica não afete todos os magistrados.

Nessa toada, é possível afirmar que inexistente uma articulação efetiva dos Poderes da República com a finalidade de elaborar políticas de segurança pública e justiça que não sejam orientadas pelo encarceramento como punição e, em sede cautelar, como uma resposta imediata, injusta e desproporcional ao fato supostamente criminoso. Velhas medidas simples e simbólicas são inaptas para solucionar problemas complexos.

Conforme ensina Alberto Binder, em 2016, não havia estudo da proporção entre presos preventivos e que foram condenados, mas desde à época, havia indicativos de um uso exacerbado dessa modalidade de prisão, considerando os números de presos provisórios.

Não estão disponíveis os dados referentes à proporção de pessoas condenadas que tenham sido mantidas em prisão preventiva durante o processo, mas é possível afirmar que há indicativos de uso excessivo desta forma de prisão, tendo em vista que os presos provisórios representam parcela significativa da população carcerária (cerca de um terço da população prisional paulista), além do relato recorrente nas entrevistas de que as denúncias que dão início à ação penal são em maioria de réus presos em flagrante. Observou-se, todavia, a existência de juízes de visão garantista, que se opõem ao uso excessivo e até mesmo ilegal da prisão preventiva.⁸²

À época, cerca de um terço da população carcerária era composta por presos preventivos. Atualmente, como já visto, esse número subiu exponencialmente, chegando ao patamar de mais de 40% dos encarcerados. Isso denota que o punitivismo vem há muitos anos sendo considerado um meio de resposta estatal para a (in)segurança pública, o que é manifestamente ineficaz.

Desse modo, a doutrina de Direito Processual Penal tem diversas críticas acerca do sistema adotado. Autores renomados, como Aury Lopes Junior, Nestor Távora e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho defendem que não há mais sistemas puros, sendo certo que o legislador optou pelo sistema misto. Isso é amplamente aceito em virtude de existirem resquícios inquisitoriais dentro de um sistema dito acusatório.⁸³

Assim, é possível argumentar pela existência de uma matriz ideológica punitivista. Embora a tendência da evolução legislativa seja a presença cada vez maior de institutos que permitam a justiça negocial, é cediço que o ordenamento penal brasileiro tem o punitivismo como norte. Ou seja, ainda que a lei penal se atualize no aspecto da justiça negocial e restaurativa, com o surgimento de institutos como a transação penal e o acordo de não persecução penal, tais mudanças foram inseridas em uma estrutura punitivista arcaica.

Maurício Zanoide de Moraes é um dos defensores desse movimento voltado à justiça penal negocial. O autor discute a seletividade do processo penal e vê no devido processo legal não violento uma alternativa para condutas repressivas dos órgãos jurisdicionais. Trata-se de uma proposta de processo penal transformador, estabelecendo um sistema não violento por meio da justiça restaurativa e/ou negocial.

Para entender a posição defendida pelo autor, é necessário compreender a diferença entre justiça negocial e justiça restaurativa no âmbito criminal. Esta se trata da busca da solução

⁸² BINDER; CAPE; NAMORADZE, *op. cit.*, p. 214-215.

⁸³ Neste sentido, LOPES JUNIOR, *op. cit.*, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<https://carloscarraro.adv.br/wp-content/uploads/2019/03/Texto-Unidade-IV-SISTEMA-ACUSAT%C3%93RIO-Jacinto-Nelson-de-Miranda-Coutinho.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2023; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Processo Penal e Execução Penal*. Salvador: JusPodvm, 2023, p. 47-49.

do conflito através do diálogo e da negociação com a participação ativa da vítima e do ofensor. Já aquela é um instrumento de política criminal que visa evitar o encarceramento de quem comete um ilícito pouco grave, confessa a infração penal e pretende não mais delinquir. Cabe destacar que, na justiça restaurativa, não necessariamente há uma negociação, embora existam técnicas aplicadas que se aproximam da negociação.

Enquanto na justiça negocial busca-se inicialmente um acordo e uma confissão de culpa, de modo a colocar o ofensor no centro do debate, na justiça restaurativa, o olhar se volta para a vítima, fazendo com que ela participe na solução do conflito. Verifica-se que o Estado, representado pelo magistrado e pelo Ministério Público, fica mais distante da solução do conflito na justiça restaurativa, haja vista que é um processo em que as partes envolvidas no delito se reúnem para resolver coletivamente como lidar com os efeitos da infração e suas implicações para o futuro.

Nesse sentido ensina Daniel Achutti:

A justiça restaurativa surge a partir da década de 1970 como alternativa à falência estrutural do modelo tradicional de sistema criminal, e trouxe consigo a promessa de uma maneira mais construtiva de fazer justiça. Para alguns acadêmicos, representa também uma maneira de se posicionar contrariamente ao punitivismo popular característico das políticas criminais das últimas décadas nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha (Hoyle, 2010, p. 31), e tem como desafio retrabalhar os dogmas da justiça criminal a partir de uma abordagem voltada precipuamente para a vítima, e não para o ofensor.⁸⁴

Tendo em vista que Zanoide defende o uso dos novos institutos negociais, incluindo-os no conceito de devido processo legal e vistos como alternativa à repressão violenta do Estado, uma vez que tais institutos impedem a propositura de ação penal, é possível concluir que a sugestão contra o punitivismo e o encarceramento desenfreado passa pela transação penal, pela justiça restaurativa e pela justiça negocial como um todo. Veja:

A alternativa que se apresenta neste trabalho é não violenta, logo não punitiva e não persecutória. Ela não é “menos” persecutória ou punitiva. Ela rejeita a própria inserção das noções de pena e da *inquisitio* desde seu modelo criminal. Logo, não se trata de aplicar a tradição do “devido processo legal” para evitar excesso ou eliminar ilegalidades na punição ou persecução criminais. Trata-se de evitar seu ingresso no novo sistema criminal para que não se torne, progressivamente, uma extensão (menos, mas ainda) punitiva, ou seja, um novo instrumento do modelo criminal violento, cujas forças de atração e homogeneização aproximam-se para fagocitar (absorver e transformar) qualquer iniciativa que procure reduzir seus efeitos sistêmicos violentos.⁸⁵

⁸⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e Sistema Penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro*. Disponível em: <<https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/18.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

⁸⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Processo penal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Placido, 2022, p. 1151.

Tais institutos da justiça negocial representam cada vez mais uma necessidade do sistema de justiça atual, dando sinais de desenvolvimento do próprio sistema. Além disso, é possível afirmar que o legislador reconhece a necessidade de resolver o problema da violência por meio de métodos alternativos ao encarceramento.

Considerando a subjetividade intrínseca à responsabilidade penal, torna-se cada vez mais importante que os magistrados atuem pautados pela verdade processual, haja vista que é impossível determinar a verdade real. Não é possível a busca pela verdade real, uma vez que não há meios capazes de determinar a vontade e consciência do indivíduo quanto ao ato praticado. Não há como voltar no tempo e reaver o fato criminoso na íntegra, visando reconstruir fidedignamente a narrativa para então julgar.

Nesse sentido, Nestor Távora, ao falar sobre verdade real, afirma que:

O processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado pauta o seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento judicial mais próximo possível do ideal de justiça.⁸⁶

Aury Lopes Junior entende que, historicamente, a verdade real se trata de um mito decorrente de um sistema inquisitório, punitivista, que busca a todo custo uma “verdade” justificando muitas vezes a barbárie. No presente momento do sistema de justiça penal, é permitido afirmar que a noção de barbárie mudou. Inicialmente, observaram-se torturas e, atualmente, verifica-se o uso indiscriminado de prisões sob o argumento de proteção da instrução probatória, muitas vezes fora das hipóteses legais, com ilações ou a partir de interpretações questionáveis.⁸⁷

Em muitos casos, há flagrante violação dos requisitos que autorizam as prisões cautelares, observados os princípios que norteiam o instituto da prisão preventiva. O excesso de prisão, por si, permite afirmar que há algo errado no sistema, sendo possível apontar a verdade real como um dos principais. Acertadamente, Aury Lopes Junior afirma que:

O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma ‘cultura inquisitiva’ que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade.⁸⁸

O autor prossegue em sua análise informando a necessidade de se descobrir a origem e a finalidade do mito da verdade real. Para ele, nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para

⁸⁶ TÁVORA; ALENCAR, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁷ LOPES JUNIOR, *op. cit.*

⁸⁸ *Ibid*, p. 372.

justificar atos abusivos praticados pelo Estado, seguindo o silogismo de que os fins justificam os meios. Logo, se a finalidade for de extremo interesse público, os meios para alcançá-la pouco importam. Evidentemente, tal forma de pensar não tem mais espaço na sociedade atual.

Por tais razões, defende-se que, no processo penal, só se legitimaria a verdade formal ou processual, uma vez que a verdade buscada pelo formalismo como base de uma condenação ou de uma prisão processual só pode ser atingida mediante o respeito às regras preestabelecidas, de forma precisa, e relacionadas aos fatos e circunstâncias penalmente relevantes.⁸⁹

Segundo Heidegger, a verdade é fundamentada pelo fato de a proposição ter uma função apofântica, permitindo ver, mostrar e desvelar o ser em si mesmo. Ou seja, a verdade é extraída daquilo que é verbalizado e passível de ser interpretado como verdadeiro ou falso, em razão de descrever ou não com exatidão os fatos ocorridos no mundo real.⁹⁰

Com base no desenvolvimento legislativo, em grandes processualistas penais e na visão de Heidegger, um dos principais filósofos do século 20, verifica-se ser inviável atingir a verdade real por meio de um simples processo. O princípio da verdade real é uma ficção criada pela doutrina de processo penal, haja vista que não é possível alcançá-la. Trata-se de mera aproximação entre os fatos ocorridos e a instrução probatória.

Assim, deve-se decidir quanto à verdade processual, de modo que o punitivismo estimulado pela pressão midiática não pode dar azo ao encarceramento em massa. O Poder Judiciário não pode ser palco para julgamentos espetaculosos, sob pena de comprometer a análise das circunstâncias relevantes para o Direito e para as decisões prolatadas pelos seus prepostos.

O grande debate deve ser orientado pelo poder de divulgação das informações dos canais de comunicação e como isso interfere na construção de uma verdade pela sociedade, repercutindo diretamente em decisões judiciais que espelham o punitivismo, no excesso de prisões provisórias como resposta imediata ao clamor social, bem como nos prejuízos que o sistema penal traz, não só para a sociedade, como para o próprio Estado.

Tudo isso autoriza concluir que a mídia tendenciosa presta um desserviço à sociedade, pois interfere na psique de magistrados, fortalecendo o punitivismo, o aumento do encarceramento de presos cautelares e, conseqüentemente, das despesas do Estado. Além disso, é possível falar que o Estado é incapaz de promover as finalidades da pena, principalmente a ressocializadora, haja vista que a única e limitada solução é o cárcere. Por esses problemas surgiram novas discussões quanto aos institutos de justiça negocial como alternativa, porém

⁸⁹ *Ibid.*, p. 372-373.

⁹⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. São Paulo: Vozes, 2012, [pdf].

ainda em implantação e em fase inicial, bem como em relação à possibilidade de regulamentação da mídia.

Embora a regulamentação seja um importante passo à proteção ao bem jurídico da liberdade de expressão e de imprensa, bem como ao direito de acesso à informação, é cediço que o ordenamento já prevê responsabilidade civil e penal. Desse modo, defende-se ser necessário regulamentar um sistema de responsabilização administrativa, principalmente devido ao fato de a comunicação ser um serviço público concedido pelo Estado ao particular. Diante disso, o debate sobre a questão é essencial, a qual será abordada a seguir.

3. A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA MÍDIA

O presente capítulo busca expor brevemente sobre os limites da liberdade de expressão e da imprensa, bem como esta atua de modo descompromissado, trazendo informações, muitas vezes, manipuladas ou inverídicas, tudo calcado nesse direito fundamental, o qual, embora precioso para o Estado Democrático de Direito, não é absoluto. Desse modo, ora se defende a possibilidade de limitar e ponderar a liberdade de imprensa quando o seu exercício implicar em uma série de prejuízos à sociedade e aos direitos fundamentais do acusado.

Nesse cenário, permite-se afirmar que a máxima “a sua liberdade termina quando começa a do outro” se aplica no embate entre liberdade de imprensa e os efeitos de sua conduta desordenada e inconsequente. Isso porque, conforme já abordado, a liberdade plena dos meios de comunicação repercute no número excessivo de prisões em sede cautelar. Tais fatos ocorrem em virtude de essa medida cautelar ser considerada um meio rápido e eficaz encontrado pelo Poder Judiciário de dar uma resposta ao clamor público.

Portanto, a finalidade não é falar o óbvio, mas sim sugerir uma opção inovadora no Brasil, principalmente após a redemocratização do país. Acredita-se que é plenamente possível adotar um sistema de fiscalização e responsabilização dos veículos de imprensa, como já ocorre em outros países, tanto do continente americano quanto do europeu.

No presente capítulo, não se fala em responsabilidade civil ou penal, mas sim em um modelo em âmbito administrativo, o qual repercutirá nas demais esferas, visto que o ordenamento jurídico brasileiro possui um arcabouço legislativo capaz de atender aos anseios da sociedade na seara civil e penal, mas é (quase) inexistente na seara administrativa. Além disso, eventual sanção administrativa não acarretará prejuízos para as demais esferas de responsabilização.

Na via administrativa, a limitação mais clara está prevista nos artigos 5º e 220 da CRFB/88, os quais não se referem ao mérito jornalístico, bem como não impõem responsabilidade aos meios de comunicação pela veiculação de notícias contrárias ao interesse público. A intenção, de fato, não é adentrar no conteúdo para impedir a sua divulgação, mas sim ter mecanismos mais eficazes do que a responsabilidade civil e criminal, haja vista que a liberdade de expressão é tão importante quanto a liberdade do indivíduo, sendo a prisão a forma de punição mais grave.⁹¹

⁹¹ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

A ideia surgiu partindo do pressuposto de que o abuso de poder nas mãos da mídia se combate / equilibra com poder, e não com indenizações e punições criminais, pois as grandes emissoras são extremamente ricas, e as consequências criminais previstas não são capazes de retribuir a lesão causada ou reeducar o condenado. Assim, são pouco eficazes e relevantes diante do poder da imprensa e das violações de direitos e garantias constitucionais frequentemente constatadas.

Considerando a natureza de serviço público da comunicação social, imaginar medidas administrativas é bem plausível, tendo em vista que tal serviço é de titularidade da União Federal, cedido ao particular por meio de contrato de concessão. Diante dessas considerações iniciais, será demonstrada a necessidade de apurar a liberdade de imprensa, não em seu conteúdo, mas na forma como transmite a informação, haja vista o advento daquilo que se convencionou chamar de discurso de ódio.

Assim, o modelo, ora entendido como ideal, visa assegurar a neutralidade da notícia, bem como um julgamento justo e equilibrado no âmbito criminal, assegurando os direitos processuais penais do acusado, previstos na Constituição Federal de 1988. Ademais, mostra-se premente expor como uma mídia descompromissada com seus pilares ofende uma série de direitos e garantias fundamentais processuais do indivíduo, afastando-se dos seus ditames constitucionais.

3.1. O LIMITE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONDUTA DA IMPRENSA

Inicialmente, vale apontar que a linha é muito tênue entre censura e o limite da liberdade de expressão. A liberdade é válida quando não ofender a legalidade e os direitos individuais, ou seja, quando a imprensa respeitar os ditames legais e constitucionais, de modo a maximizar o exercício regular desse direito fundamental, considerando-se que a liberdade deve ser restringida quando confundida com ofensas e abusos não admitidos pelo Direito.

Segundo Ignácio de Otto y Pardo, citado por Luis Gustavo Grandinetti, a Corte Constitucional Espanhola estabeleceu dois princípios capazes de ditar um parâmetro quanto à limitação de direitos fundamentais. O primeiro diz que, se a Constituição permitir ao legislador limitar um direito fundamental, deve-se entender que não o faz somente para proteger um determinado bem, mas também para impor outras limitações justificadas pela proteção de outros direitos fundamentais e bens constitucionalmente reconhecidos. Já o segundo princípio determina que os direitos reconhecidos sem reserva legal (sem previsão constitucional de

limitação) são limitáveis desde que haja justificativa quanto à necessidade de preservar outros direitos constitucionais.⁹²

Já o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, segundo Karl Larenz, estabeleceu três princípios para ponderar bens constitucionais, sendo eles a proporcionalidade, o do meio mais idôneo (ou da menor restrição possível) e o da adequação entre o meio escolhido e o fim pretendido.⁹³

No Brasil, Daniel Sarmento cuidou do tema ao estabelecer um método de ponderação de interesses constitucionais em conflito. Para o autor, é necessário equilibrar os interesses em confronto por meio de alguns comandos: (i) a restrição deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro interesse; (ii) a restrição deve ser a menor possível e; (iii) o benefício alcançado pela restrição deve compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.⁹⁴

Após analisar as diversas posições sobre a limitação da liberdade de expressão e de informação da mídia, Grandinetti conclui que, “se limites existem à liberdade de informação, eles decorrem necessariamente da Constituição, e o legislador ordinário não está autorizado a impor outras limitações.”⁹⁵

Nesse sentido é a posição de André Gustavo Corrêa de Andrade. Ao expor sobre os limites da liberdade de expressão no plano jurídico, o autor defende que o exercício ilimitado e absoluto da liberdade de expressão pode se chocar com outros interesses constitucionalmente tutelados.⁹⁶

Com o desenvolvimento da sociedade da informação, principalmente após o advento da internet e das redes sociais, tornou-se recorrente e muito mais ofensivo o denominado “discurso de ódio” ou *hate speech*. Tal forma de manifestação tem se mostrado um grande problema social nos Estados Democráticos de Direito, haja vista seu conflito com as balizas impostas à liberdade de expressão, principalmente quando esse tipo de mensagem é propagado pela imprensa, violando-se uma série de direitos fundamentais.

⁹² OTTO Y PARDO, Ignácio de., *apud* CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40-41.

⁹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Traduzido por José Lamego. Disponível em: <<https://portalconservador.com/livros/Karl-Larenz-Metodologia-da-Ciencia-do-Direito.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2023, p. 574-576. [pdf].

⁹⁴ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 104-105.

⁹⁵ CARVALHO, *op.cit.*, nota 83, p. 51.

⁹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Liberdade de expressão em tempos de cólera*. Rio de Janeiro: GZ, 2020, p. 116. “No plano jurídico, e já enxergando a liberdade de expressão pela ótica dos direitos fundamentais, a ideia de limites é percebida pela constatação de que, em certas circunstâncias, o seu exercício pode se chocar ou impedir o exercício da própria liberdade de expressão por outra pessoa, além de poder violar outro interesse constitucionalmente protegido, como no caso da manifestação que atribuiu falsamente a prática de crime a terceiro, que se veria, assim, atingido em sua honra.”

Nesse sentido é o entendimento de André Gustavo Corrêa de Andrade:

O hate speech, ou discurso de ódio, como tem sido denominado esse fenômeno nos países de língua portuguesa, constitui um desafio para o Estado Democrático de Direito, porque testa os limites da liberdade de expressão. Trata-se de fenômeno que não é novo, mas que, com o advento da internet e a popularização das mídias sociais, se potencializou e disseminou de tal maneira que hoje se fala que vivemos em uma “cultura do ódio” ou uma “era do ódio”. Mensagens ofensivas e discriminatórias, antes restritas no tempo e no espaço, passaram a ser disseminadas em altíssima velocidade e a ter alcance global, superdimensionando a gravidade dessas manifestações.⁹⁷

De forma genérica, trata-se de manifestações complexas voltadas a insultar, intimidar, estimular a violência física ou moral, bem como instigar o ódio e a discriminação contra pessoas devido a sua cor, raça, etnia, nacionalidade, orientação sexual ou religião. Em suma, tal expressão serve para sintetizar as violências suportadas pelas minorias socialmente vulneráveis, classificação na qual também se enquadra o acusado de participação em crime, haja vista o estigma social que o acompanha em decorrência de sua vinculação ao cometimento de um suposto crime, bem como o perfil da população carcerária, conforme já abordado no presente trabalho.⁹⁸

Melhor define o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, André Gustavo Corrêa de Andrade:

O discurso de ódio é, antes de tudo, um fenômeno social complexo, que remete a situações diversas e heterogêneas entre si. A compreensão dessa complexidade é fundamental para uma adequada análise sistemática do problema, que não recaia em simplificações, casuísmos ou reducionismos, comumente geradores de divergências artificiais entre aqueles que se debruçam sobre o tema. A expressão remete a uma multiplicidade de manifestações e condutas discursivas, que se revestem das mais variadas formas e se desenvolvem em uma infinidade de contextos diferentes, o que torna impossível dar um tratamento uniforme ao problema.⁹⁹

O autor continua e sintetiza bem a noção acerca do real sentido de discurso de ódio:

Com base nesses elementos, podemos definir o discurso de ódio como a manifestação ou expressão, motivada por preconceito ou intolerância, através da qual uma pessoa ou um grupo é discriminado, com base em suas características identitárias.¹⁰⁰

Considerando o avanço de um movimento punitivista da sociedade brasileira, bem como a facilidade de divulgação de conteúdos ofensivos, muitas vezes violadores de direitos

⁹⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. *Revista da EMERJ*, 2021. Disponível em: <<https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/article/view/493/246>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Estudo mostra relação entre vulnerabilidade e encarceramento*. Disponível em: <<http://gmf.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5265985/9678695>>. Acesso em: 08 ago. 2023.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ ANDRADE, *op.cit.*

fundamentais, verifica-se que tais discursos discriminatórios contra o indivíduo acusado de uma conduta supostamente criminoso não são protegidos pela liberdade de pensamento, opiniões e de expressão.

Isso ocorre, pois todo exercício de direito, quando praticado de forma abusiva, torna-se ilícito. No caso da mídia, é comum ver jornais ofendendo a honra, a imagem e demais direitos personalíssimos do indivíduo, protegidos pelo art. 5º, V e X, da CRFB/88. Penalmente, se a tais condutas forem acrescidos elementares como raça, cor, etnia e religião, fala-se em injúria qualificada tipificada no art. 140, § 3º, do Código Penal.

Além disso, é possível falar em calúnia e difamação previstos no Código Penal. Em âmbito cível, a ofensa pode dar origem à demanda de reparação por danos morais. Tudo isso evidencia a ilicitude do abuso do direito à liberdade de expressão e de manifestação de pensamento.

Diante dos problemas já expostos, a própria imprensa reconhece a necessidade de repensar como narra os fatos, objetos de matérias jornalísticas. Recentemente, é possível verificar notícias nesse sentido em grandes veículos de comunicação. É o caso do jornal UOL News, através de sua colunista Milly Lacombe, segundo a qual é necessário observar como a notícia é dada e como isso reflete na sociedade, tornando-a mais violenta, razão pela qual a imprensa precisa repensar como noticia casos de violência.¹⁰¹

Em matéria publicada pelo G1, o Grupo Globo informou mudanças em sua política sobre a cobertura de massacres, de modo que não publicarão o nome e a imagem dos autores de delitos, bem como vídeos das ações criminosas. Segundo a matéria, tal mudança visa não dar a notoriedade buscada pelos agressores.¹⁰²

Tais mudanças e movimentos da imprensa demonstram que os jornalistas reconhecem os efeitos negativos para a sociedade causados pela forma incorreta de transmissão desse tipo de conteúdo. Significa dizer que a imprensa reconhece a importância de legislar e limitar a liberdade de expressão, haja vista que a plenitude desse direito pode levar a ilegalidades e abusos por parte dos jornalistas e influenciadores, o que repercute necessariamente na persecução penal.

A regulamentação da imprensa prevendo responsabilizações na esfera administrativa pode ser muito eficaz, pois, além de atingir a finalidade desejada, permitirá também um

¹⁰¹ UOL NEWS. *Imprensa precisa repensar como noticia casos de violência, diz Milly Lacombe*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=s7TlfMz7uZ0>>. Acesso em: 24 jul. 2023.

¹⁰² G1. *Grupo Globo muda política sobre cobertura de massacres*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2023/04/05/grupo-globo-muda-politica-sobre-cobertura-de-massacres.ghtml>>. Acesso em: 24 jul. 2023.

juízo mais tranquilo. Isso em virtude de a imagem do acusado não sofrer com influências midiáticas externas à ação penal, bem como de os julgadores não sofrerem pressão popular para dar uma resposta positiva para a sociedade sedenta por punição. Em suma, é bom para a sociedade e para o ambiente de julgamento, pacificando conflitos e assegurando o devido processo legal.

Em síntese, observa-se que os comunicadores também reconhecem a necessidade de mudar, restringindo um pouco mais a forma de divulgação dos conteúdos ligados à violência. Ressalta-se que não se fala em limitar o conteúdo, o mérito, da informação, mas sim o modo como será transmitida, visando diminuir os impactos negativos na sociedade. Considerando o atual cenário e que o ordenamento jurídico possui uma base legislativa na esfera cível e criminal, torna-se clara a importância de buscar medidas na seara administrativa como um mecanismo capaz de implementar tais mudanças.

É cediço que a apuração, inerente à atividade jornalística, bem como a forma como é transmitida a informação devem ser levadas a sério, visando atender ao interesse público. Trazer notícias verdadeiras, neutras e imparciais são essenciais para o fortalecimento das bases libertárias intrínsecas à democracia. Uma notícia maculada / viciada não permite o exercício do direito à liberdade de pensamento da sociedade.

Assim, o interesse público informativo, ou seja, a notícia veiculada precisa consistir em um conteúdo de interesse em geral, ainda que se refira a um fato relativo a uma certa e determinada pessoa ou mesmo em razão dela. Ademais, é igualmente importante que seja transmitida de forma neutra, sem valoração da conduta e do suposto ofensor para garantir os direitos fundamentais e processuais.

Significa dizer que a notícia tem que ser obrigatoriamente verídica, de modo que deve ser observada a objetividade do informe. Vale dizer que a notícia não pode estar revestida de insultos, de expressões ou frases manifestamente injuriosas, vexatórias ou caluniosas e, portanto, absolutamente desnecessárias, haja vista que não são de interesse público. Além disso, é relevante deixar registrado que a crítica jornalística não se confunde com ofensas, tendo em vista que estas extrapolam os limites da liberdade de expressão, de manifestação do pensamento e, conseqüentemente, de imprensa.

Desse modo, o limite da atuação da mídia é imposto pelos direitos fundamentais. Em virtude de a informação se revestir de interesse público, ainda mais em caso de delitos, não se pode veicular informação falsa ou mal apurada, com o uso de expressões injuriosas e caluniosas, sob pena de recair em notícias sensacionalistas e de realizar pré-juízos, acabando, por diversas vezes, com a vida de uma determinada pessoa.

Portanto, é evidente que a mídia, em muitas oportunidades, viola direitos básicos e fundamentais do cidadão nas mais diversas áreas jurídicas. Em âmbito penal é ainda mais comum, visto que a estigmatização da imagem do preso ou do acusado normalmente está atrelada às notícias sensacionalistas e realizadoras do julgamento sumário, prévio, por atender ao clamor público, antecipando eventual condenação, sem possibilidade do regular exercício do direito de defesa.

Nesse sentido, um estudo divulgado pela UNESP/Marília:

Uma vez preso, o indivíduo carrega um estigma que o afasta da sociedade em geral e pode levá-lo a desenvolver outros tipos de sociabilidades com os estigmatizados como ele. Uma vez caracterizado pelo “mundo do crime” o indivíduo dificilmente consegue se reinserir totalmente no “mundo do trabalho”. Esta prática acaba sendo marcada por um certo determinismo de que o indivíduo nasceu no crime e vai morrer no crime e esta propensão ao crime, acaba contaminando todos a sua volta, principalmente filhos, pais e cônjuges. O senso comum, balizado pela mídia, estigmatiza o presidiário e toda a sua rede de relações (familiares e amigos, por ex.).¹⁰³

Significa dizer que a imprensa julga antes do Poder Judiciário, desrespeitando o direito à defesa e ao contraditório, presumindo que o acusado é culpado, e não inocente, o que repercute diretamente na banalização das medidas cautelares, utilizando-se majoritariamente a prisão preventiva.

Assim, criar parâmetros de conduta para imprensa é uma forma de maximizar a liberdade de pensamento, opinião e de manifestação na sociedade, haja vista que a opinião pública não coincidirá necessariamente com a visão dos jornalistas. Isto é, a população terá mais autonomia para formular seu pensamento acerca de determinados fatos, bem como para decidir sobre eles, afastando-se a influência direta da mídia a partir da manipulação da informação e de uma imprensa descompromissada com o seu papel democrático, que constantemente viola direitos fundamentais, como será debatido a seguir.

3.2. AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

Nesse momento, é importante destacar os diversos direitos fundamentais que a mídia frequentemente agride com a divulgação da ocorrência de crimes. É claro que, pela natureza, essas notícias atraem o interesse público, haja vista que a sociedade precisa conhecer as suas próprias entranhas, ou seja, suas mazelas. O grande problema ocorre na forma como o conteúdo

¹⁰³ NARCISO, Natália Carolina. Sistema penitenciário e seus estigmas: o caso paulista. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*. ed. 9, 2012. Disponível em: <<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/levs/article/view/2238/1856>>. Acesso em: 08 ago. 2023.

chega ao conhecimento da população. Muitas vezes, a matéria vem contaminada, sendo capaz de modular a opinião pública, considerando o poder de influência da mídia no comportamento social.

O exercício abusivo da liberdade de expressão, de manifestação do pensamento e de imprensa implica em uma série de violações a direitos processuais constitucionalmente garantidos. O art. 220, § 1º, da CRFB/88 diz que a lei não poderá criar embaraços à liberdade de informação jornalística, devendo observar a liberdade de pensamento, o direito de resposta, a inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem, bem como o direito de acesso à informação. Mas, é silente quanto às violações ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, ao juiz natural e à presunção de inocência praticadas pelos veículos de imprensa.¹⁰⁴

É comum que determinados casos penais sejam transformados em um julgamento espetaculoso, de modo que a mídia se torna o palco para operadores do Direito influenciados pelos noticiários, pois integram a sociedade, assim como populares que não atuam no universo jurídico. Nesse contexto, por diversas vezes, os meios de comunicação influenciam julgadores e demais autoridades, que banalizam a decretação de prisão cautelar como forma de resposta rápida à opinião pública e aos desejos / paixões da população, ofendendo os direitos supracitados.

Um exemplo atual desse cenário é o caso de Gabriella Anelli Marchiano, torcedora do Palmeiras morta nos arredores do Estádio Allianz Parque antes da partida contra o Flamengo. No caso, a prisão em flagrante de Leonardo Felipe Xavier Santiago, torcedor do Flamengo apontado como suspeito do crime, foi convertida em prisão preventiva em audiência da custódia, haja vista o clamor popular e o interesse da imprensa.

Futuramente, a prisão preventiva foi revogada, em razão de o torcedor preso ser fisicamente diferente daquele que teria arremessado a garrafa que atingiu a vítima. Segundo a decisão da juíza do TJSP, o erro foi causado por uma série de fatores, como o clamor popular, o interesse da imprensa, o despreparo do delegado e a declaração pública da autoridade policial que imputou a responsabilidade e atribuiu a confissão do crime ao preso. A situação exemplifica alguns problemas graves vivenciados atualmente quanto à interferência da mídia nas decisões, violando direitos constitucionalmente assegurados.¹⁰⁵

¹⁰⁴ BRASIL, *op.cit.*, nota 1.

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo n. 1521027-57.2023.8.26.0228*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/7/05F37DA0176036_doc_51666459.pdf>. Acesso em: 14 set. 2023.

Outro exemplo de interferência indevida dos meios de comunicação é o caso do ex-goleiro Bruno Fernandes, condenado pelo homicídio de Eliza Samudio. Os fundamentos que embasaram a decretação da prisão preventiva do goleiro foram a garantia à ordem pública, assegurar a aplicação da lei penal e a gravidade da acusação, conforme HC 111.810/MG julgado pelo STF.¹⁰⁶

Aponta-se que a última justificativa não tem sequer respaldo legal, uma vez que não prevista no art. 312 do CPP. Ademais, conforme já visto, a garantia da ordem pública é um fundamento extremamente vago que não poderia ser aplicado sem a devida delimitação. Significa dizer que o único fundamento válido é respaldar a aplicação da lei penal, o que não se aplica no caso, em virtude de a prisão ser a *ultima ratio* e de existirem medidas diversas da prisão aptas a tal finalidade.

Assim, verifica-se que réus em casos famosos são alvos do clamor social, de modo que se busca manter o acusado preso ainda que sem respaldo legal ou com a aplicação inadequada de fundamento. No caso do Bruno Fernandes, a garantia da ordem pública deveria ser aplicada quando fosse demonstrado que o goleiro vivia da prática de delitos, o que não era o caso.

O último fundamento (gravidade da acusação) não é previsto em lei. Por fim, assegurar a aplicação da lei penal não deveria ser empregado no caso, haja vista que o acusado se tratava de pessoa pública, o que dificultaria eventual fuga, havendo ainda outras medidas cautelares que evitariam suposta fuga, como a apreensão de passaporte. Porém, em razão da atuação da imprensa, a decisão mais aceita pela sociedade seria a prisão, agindo os magistrados de acordo com a vontade popular.

Quanto ao devido processo legal, é possível afirmar que o julgamento antecipado realizado pela mídia, ainda que meramente moral, inobserva os direitos do suspeito ou acusado e as regras do procedimento legal previsto no ordenamento jurídico. Ao condenar, antes mesmo da instrução e valoração das provas pelo julgador, a mídia interfere indevidamente no julgamento, levando à privação da liberdade, ainda que cautelarmente. Significa dizer que não assegurar as garantias e decretar prisão, ainda que cautelar, implica em violação ao devido processo legal.

Ao expor sobre esse princípio, Simone Schreiber diz que a finalidade do devido processo legal é evitar interferências indevidas por meio do procedimento adequado, garantindo os direitos das partes, incluindo o acusado.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 111.810/MG*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5342796>>. Acesso em: 23 jan. 2024.

O escopo do princípio estudado é reduzir o risco de ingerências indevidas nos bens tutelados, através da adoção de procedimentos adequados. Ou ainda, garantir que a prolação de determinada decisão judicial ou administrativa seja precedida de ritos procedimentais assecuratórios de direitos das partes litigantes.¹⁰⁷

A autora continua sua explanação trazendo a importância do devido processo legal e o lugar ocupado por ele no ordenamento jurídico, ao destacar que se trata de um sobreprincípio que norteia a interpretação dos demais princípios, bem como das regras processuais. Ou seja, busca-se realizar os fins traçados pelo princípio, de modo que, havendo mais de uma interpretação, prevaleça aquela que melhor os realize. Afirma ainda que o princípio em análise se materializa e é observado quando se cumpre os subprincípios que dele decorrem. *In verbis*:

O devido processo legal possui *status* de sobreprincípio e como tal informa a interpretação de princípios constitucionais correlatos que possuem maior grau de concretização (subprincípios), tais como a ampla defesa, contraditório, juiz natural, vedação de prova ilícita, etc. Estabelece-se uma relação dialética entre o sobreprincípio e os princípios a ele referidos. Aquele é realizado por estes e ao mesmo tempo orienta a interpretação dos subprincípios. Por outro lado, a explicitação do conteúdo dos subprincípios também auxilia na compreensão de todas as possíveis aplicações do sobreprincípio.¹⁰⁸

Assim, ensina Alexandre de Moraes:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).¹⁰⁹

Fazendo uma análise mais global do ordenamento processual penal à luz dos ditames constitucionais, é possível afirmar que a mídia ofende esse princípio, ainda que indiretamente, por causar instabilidade no ambiente de julgamento. Em suma, a mídia inobserva tal princípio ao inviabilizar, em muitos casos, o julgamento criminal justo, o qual se perfaz vedando arbitrariedades e assegurando os direitos fundamentais do acusado.

Essa é a posição defendida por Simone Schreiber em sua obra “A publicidade opressiva de julgamentos criminais”:

Para os fins deste estudo, é importante ressaltar que a norma do devido processo legal garante o julgamento criminal justo, entendido como aquele em que o acusado é protegido contra ações arbitrárias e mantém o status de sujeito de direitos fundamentais no processo, condições sem as quais o Estado não pode pretender exercer seu poder punitivo contra o indivíduo.¹¹⁰

¹⁰⁷ SCHREIBER, *op.cit.*, p. 173.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. [pdf]

¹¹⁰ SCHREIBER, *op.cit.*, p. 186.

Diante do exposto, aceita-se a tese no sentido de que a mídia interfere no julgamento justo ao exercer pressão no julgador por uma resposta satisfatória ao clamor público, conforme já exposto no capítulo anterior, de modo que é violado o devido processo legal, ainda que indiretamente, e os demais direitos e garantias do acusado.

No âmbito da medida cautelar e analisando os dados do CNJ expostos no capítulo anterior, é permitido concluir que a prisão preventiva usada indiscriminadamente e o custo elevado da população carcerária para o Estado são reflexos causados pela pressão externa no julgador. Tal conduta, fomentada pela mídia, busca atender aos anseios ali veiculados, ofendendo diversas vezes o devido processo legal ao “condenar antecipadamente” sem permitir defesa, influenciando moralmente o julgador.

O imediatismo do juiz se trata de uma atuação política do Poder Judiciário, visto que, em determinados casos de repercussão midiática, atende-se às vontades corporativas ou da própria sociedade. Tal ponto é sensível, pois o juiz não deve se comportar como agente político, mas sim aplicar a lei, visando dar segurança jurídica às decisões proferidas. Não se pode “jogar para a torcida”, considerando que forma é garantia no processo penal.

Desse modo, confirmada essa posição, é possível concluir que desrespeitar os direitos básicos constitucionalmente garantidos significa transgredir as regras processuais e o sobreprincípio, ora estudado, embora seja obedecido o rito do procedimento legalmente previsto, pois o mero desequilíbrio do julgamento criminal ofende o *due process of law*.

Essa posição também é seguida por Douglas da Silva Araújo, Patrícia Borba Vilar Guimarães e Jônica Marques Coura Aragão:

Válido ainda ressaltar a ingerência da mídia no devido processo legal. O princípio do devido processo legal apresenta-se como se fosse gênero dos quais os demais princípios que regem a relação processual são espécies. Servindo como base para os demais princípios, o devido processo legal assegura inúmeros outros postulados como os princípios do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, quando se mitiga ou se afronta os princípios que estão intrinsecamente vinculados ao princípio do devido processo legal, conseqüentemente, estará maculando também este princípio–mor.¹¹¹

Em relação à ampla defesa, trata-se de um direito assegurado pela CRFB/88, o qual permite o indivíduo dispor de todos os meios legais para alcançar seus interesses. Nos termos do art. 5º, LV, da CRFB/88, aos litigantes e aos acusados são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Ocorre que, nos casos de repercussão, a

¹¹¹ ARAÚJO, Douglas da Silva; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; ARAGÃO, Jônica Marques Coura. O poder de persuasão da mídia frente aos princípios e garantias do agente delituoso. *Revista Constituição e Garantia de Direitos da UFRN*. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/14791/9809/45624>>. Acesso em: 23 ago. 2023.

imprensa cria um cenário em que as irregularidades cometidas por ela causam danos irreversíveis, incluindo a prisão cautelar ilegal.

Nesse diapasão, Moisés da Silva Santos:

Registre-se ainda que, em busca de uma resposta imediata à prática do crime, em tese, ao divulgarem a imagem, o nome do imputado, determinados detalhes do processo penal, ou ainda, ao expressarem opiniões sobre a presunção de culpabilidade e não de inocência do acusado, os órgãos da mídia, além de possuírem o poder de manipular o modo coletivo de pensar e distorcer os dados do processo judicial em trâmite, violam direitos e garantias fundamentais do cidadão. Oportuno se torna dizer que, com isso, a sociedade exerce forte pressão popular sobre os atores do processo, tais como: juiz, promotor de justiça, delegado de polícia, jurados, testemunhas, perito, dentre outros, resultando em implicações na persecução criminal, como a prisão cautelar do acusado sem a presença dos requisitos e fundamentos legais e a condenação do mesmo sem o respeito ao princípio constitucional do devido processo legal e à ampla defesa.¹¹²

Alexandre de Moraes, em relação à ampla defesa, entende que se trata de garantir ao réu condições que permitam a ele trazer os elementos capazes de demonstrar a verdade, ou mesmo exercer o seu direito ao silêncio sem que isso o prejudique. Veja: “Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário [...]”.¹¹³

Dessa forma, a ampla defesa não é observada quando a imprensa for descompromissada em mostrar a verdade real, ou seja, em se aproximar ao máximo do fato penal. Em razão de a mídia interferir na vida social como um todo, a garantia em análise não é plenamente exercida, haja vista que a opinião pública não permite o equilíbrio do julgamento e a igualdade de condições entre a acusação e o acusado.

Isso torna claro que a ampla defesa não é garantida frente ao poder da mídia de construir uma narrativa não compatível com a realidade. É inviável realizar a defesa do acusado nas mais diversas frentes de ataque da mídia, demonstrando que a ampla defesa não é tão ampla como o legislador previu. Há, muitas vezes, a desinformação, no sentido de atuação da imprensa trazendo atributos irreais sobre o fato ou a pessoa do acusado, o que repercute no aspecto jurídico.

Ou seja, na prática, não é razoável exigir que a defesa se preocupe com opiniões públicas midiáticas, além das provas e do processo criminal em trâmite, ainda que seja

¹¹² SANTOS, Moisés Silva. *A influência dos órgãos da mídia nos crimes de grande repercussão social em face da presunção de inocência do acusado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23994/a-influencia-dos-orgaos-da-midia-nos-crimes-de-grande-repercussao-social-em-face-da-presuncao-de-inocencia-do-acusado>>. Acesso em: 23 ago. 2023.

¹¹³ MORAES, *op.cit.*

assegurado ao ofendido o direito de resposta, o qual não tem a mesma credibilidade e, muitas vezes, é desconsiderado pelos julgadores.

Assim, a mídia ofende a ampla defesa garantida pelo constituinte por não permitir que a defesa seja plenamente exercida, frente a julgadores pressionados e influenciados pelos noticiários. Além disso, não se garante paridade entre as informações sobre o crime e o acusado divulgadas pelos meios de comunicação com as alegações da defesa, tendo em vista que o espaço ocupado pela notícia é muito mais relevante em relação àquele destinado a ouvir o acusado e sua defesa técnica.

Tal cenário fica evidente no momento da decretação de medida cautelar, tendo em vista que a prisão cautelar é o método mais usado, transparecendo, em muitos casos, a pressão exercida pelos meios de comunicação sobre o fato penal.

Essa também é a conclusão de Moisés da Silva Santos acerca da influência da mídia no devido processo legal e na ampla defesa, *in verbis*:

Não custa enfatizar sobre as influências da mídia na sociedade e no processo penal e suas consequências danosas ao acusado criminalmente. Registre-se que os meios informativos de massa formam a opinião pública, causam o medo, o terror, a insegurança e a falsa realidade do momento social vivido. Além disso, provocam um clima de indignação, a comoção social, o clamor e a pressão popular sobre os atores do processo, podendo resultar danos irreparáveis ao suspeito, como a exclusão social, a prisão cautelar ilegal, ou seja, a pena pelo crime supostamente cometido por ele já começa a ser cumprida no momento da persecução penal, o prejudgamento no Tribunal do Júri, e, por fim, a condenação do suspeito sem o respeito ao princípio constitucional do devido processo legal e à ampla defesa.¹¹⁴

No tocante ao contraditório, é importante saber que o princípio se materializa com a paridade de tratamento, o direito de ser ouvido, bem como de se manifestar amplamente sobre os fatos ocorridos que respaldam a acusação, conferindo justa causa à ação penal. Além disso, o contraditório é observado quando o magistrado é impedido de decidir, de ofício, as questões de ordem pública conhecidas a partir de suas próprias investigações, sem dar ciência às partes.

Ademais, cabe ressaltar que o contraditório e a imparcialidade se relacionam, haja vista que a imparcialidade é fundamental para analisar friamente as teses defensivas, ou seja, para assegurar o exercício eficaz do contraditório, é necessário um magistrado imparcial, nos ideais do sistema acusatório. Significa dizer que a imparcialidade abalada pela mídia, conforme será visto, implica em violação ao princípio do contraditório.

Nesse sentido é a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Ao julgar o Habeas Corpus n. 164.493, o ministro Gilmar Mendes, tecnicamente,

¹¹⁴ SANTOS, *op. cit.*

concedeu a ordem e afirmou que o prejuízo da defesa era manifesto, haja vista que o contraditório foi violado, em razão de as teses defensivas terem sido apreciadas por um juiz imparcial, nos termos do trecho do acórdão supramencionado:

3. Imparcialidade como pedra de toque do processo penal. A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases da garantia do devido processo legal. Imparcial é aquele que não é parte, que não adere aos interesses de qualquer dos envolvidos no processo. Há íntima relação entre a imparcialidade e o contraditório. A imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva; é prevista em diversas fontes do direito internacional como garantia elementar da proteção aos direitos humanos (Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Europeia de Direitos Humanos), além de ser tal garantia vastamente consagrada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Duque Vs. Colômbia, 2016) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Castillo Algar v. Espanha, 1998, e Morel v. França, 2000). [...] 7. Ordem de habeas corpus concedida. O reconhecimento da suspeição do magistrado implica a anulação de todos os atos decisórios praticados pelo magistrado, no âmbito da Ação Penal 5046512- 94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), incluindo os atos praticados na fase pré-processual, nos termos do art. 101 do Código de Processo Penal.¹¹⁵

Desse modo, é possível afirmar que a imprensa, ainda que indiretamente, ofende ao contraditório ao interferir na imparcialidade do magistrado, impossibilitando uma defesa, uma contra-argumentação eficaz. Ainda que, formalmente, a defesa técnica seja intimada para se manifestar sobre todos os atos da ação penal, materialmente, o esforço da defesa não é considerado por um juiz moralmente influenciado e, muitas vezes, coagido pela imprensa.

Dessa forma, é relevante falar sobre o juízo natural e, conseqüentemente, sobre a imparcialidade. Além disso, é o momento adequado para expor sobre a impossibilidade de arguição de suspeição por um magistrado moralmente coagido pela ausência de previsão legal.

No que se refere ao juiz natural, a doutrina o define como uma garantia ao acusado de ser julgado por um juízo já preestabelecido, ou seja, previsto em lei antes do cometimento do delito, conforme as regras de competência, sendo vedada a criação de Tribunais de Exceção. Trata-se de medidas adotadas pelo legislador para assegurar a imparcialidade do magistrado. Em linhas gerais, é possível afirmar que tal princípio se desdobra em duas partes, notadamente a competência do julgador e a sua imparcialidade.

Embora a imparcialidade do magistrado não esteja expressamente prevista no texto constitucional, a Carta Magna de 1988 adotou medidas para garantir a independência do juiz e vedar práticas que atentassem contra a imparcialidade do julgador. Ressalta-se que o

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 164.493*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756048250>>. Acesso em: 28 ago. 2023.

ordenamento admite a existência implícita de direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 5º, § 2º, da CRFB/88, visto que não são excluídos aqueles que não estão expressamente previstos, desde que decorram do regime jurídico e dos princípios constitucionais adotados, bem como dos Tratados Internacionais de que o Brasil seja signatário.

No cenário internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem estabeleceu expressamente, em seu artigo X, que “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.”¹¹⁶

No mesmo sentido é o artigo 26 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o artigo 14, 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o artigo 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica, *in verbis*:

Art. 26. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.¹¹⁷

Art. 14, 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.¹¹⁸

Art. 8º, 1. Toda pessoa tem direito a 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 para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.¹¹⁹

Quanto à competência, basta observar os critérios de fixação previamente estabelecidos pela CRFB/88 e pela legislação infraconstitucional para fins de preenchimento desse requisito. Quanto à imparcialidade, a questão se torna um pouco mais complicada.

¹¹⁶ CIDH. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/interacao/article/download/1516/1502/7241>>. Acesso em: 10 set. 2023.

¹¹⁷ CIDH. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

¹¹⁸ BRASIL. *Decreto n. 592*, de 6 de julho de 1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

¹¹⁹ BRASIL. *Decreto n. 678*, de 6 de novembro de 1992 (Pacto San José da Costa Rica). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

Visando maximizar a neutralidade, o legislador previu normas sobre impedimento e suspeição no Código de Processo Penal.

Ocorre que, com o desenvolvimento da sociedade da informação decorrente da evolução tecnológica e dos meios de comunicação, verifica-se uma interferência muito grande nos julgamentos midiáticos em virtude da forma como o fato penal é noticiado. Assim, há uma lacuna legislativa por inexistir norma que permita a arguição de suspeição do magistrado moralmente coagido pela imprensa, isto é, não há fundamento que permita ao juiz reconhecer sua incapacidade, ou melhor, sua parcialidade e tendência voltada à condenação. Em suma, busca-se assegurar a legitimidade do juiz para exercer sua função jurisdicional, o que é muitas vezes inviável em decorrência da amplitude e velocidade de divulgação de conteúdos pela mídia.

Desse modo, cabem os seguintes questionamentos: até que ponto o juiz está imune à interferência da opinião pública e da mídia para desempenhar o seu papel? É possível se afastar de apelos emocionais ao noticiar as circunstâncias de um crime? É possível julgar sob pressão midiática e conforme o seu livre convencimento? Ou melhor, há livre convencimento motivado nesses casos de repercussão?

Tourinho Filho entende que a imparcialidade se relaciona diretamente com a independência do julgador, de modo que não há imparcialidade enquanto houver coações e pressões externas que perturbem o ambiente de julgamento.¹²⁰

Diante disso, é possível afirmar que a mídia viola o princípio do juiz natural em sua aceção subjetiva, haja vista a instabilidade processual causada pela imprensa. Não resta outra conduta ao magistrado que não seja a procedência da pretensão punitiva estatal realizada na denúncia, situação motivada muitas vezes por receio de represálias da sociedade.

Isso também é verificável em âmbito de decretação de prisões cautelares, fundamentadas em sua maioria para garantir a ordem pública, visando assegurar a instrução processual livre de interferências do acusado. Extrai-se essa conclusão a partir da análise de dados do CNJ, já realizada no capítulo anterior, o que permite afirmar que o número de presos provisórios é exagerado quando comparado a outros países e, além disso, trata-se de uma classe de presos da qual uma parcela considerável não é condenada.

A ideia da prisão cautelar e, conseqüentemente, da prisão preventiva é proteger a instrução processual, e não a coletividade ou o acusado, principalmente em razão da precariedade do sistema prisional em todo o país. Essa não deve ser a razão de decidir do

¹²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40.

magistrado, haja vista que a prisão cautelar não se destina a esse fim, mas sim à tutela do processo.

Segundo Monia Moreira Vignolini, “é nesse ponto que a mídia interfere de forma mais intensa: a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública.”¹²¹

A autora continua afirmando que:

Na maioria das vezes, a ordem pública é confundida com o chamado clamor público. O elemento “clamor público” tem sido insistentemente utilizado para privar a liberdade daqueles que respondem a um processo penal, ou estão sendo investigados pela suposta prática de um delito.¹²²

Acertadamente, no julgamento do HC n. 80.719/SP, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, chancelou aquilo que ora se defende. A mídia, ao aflorar o clamor público, força a magistratura a encontrar fundamentos muitas vezes incorretos para justificar a prisão preventiva, utilizando esta como um meio de antecipação da prisão-pena e, portanto, ilegal. Veja:

A prisão preventiva, que não deve ser confundida com a prisão penal, pois não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas sim atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal, não pode ser decretada com base no estado de comoção social e de eventual indignação popular, isoladamente considerados. Também não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação de segregação cautelar, a alegação de que o acusado, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública.¹²³

Assim, resta demonstrada a interferência da mídia na decretação de prisões preventivas sob a ótica da violação do princípio do juiz natural, uma vez que se confunde clamor público com ordem pública, sendo evidente a imparcialidade do magistrado nos casos midiáticos. Restringir a liberdade para satisfazer interesses meramente sociais não faz parte da atuação do juiz, devendo se pautar somente nas provas e no ordenamento jurídico, haja vista não se tratar de um agente político.

Por fim, a presunção de inocência também é ferida quando a imprensa cuida de manchar, ainda mais, a imagem, a honra e a dignidade do indivíduo. Isso ocorre principalmente naquilo que se convencionou chamar de julgamento sumário ou antecipado do acusado. O *modus operandi* é antigo, mas os resultados ainda são “eficientes”. Primeiro, decide a vontade

¹²¹ VIGNOLINI, Monia Moreira. A Imparcialidade do Juiz e o Poder da Mídia: Influência na Decretação de Prisões Cautelares. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/MoniaMoreiraVignolini.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

¹²² *Ibid.*

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 80.719/SP*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78493>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

e os interesses acerca da condenação, demonizando a figura do acusado. Ou seja, se a manifestação midiática buscará construir uma narrativa capaz de implicar na condenação do suspeito ou na absolvição de um aliado.

A mídia, por influenciar os pensamentos da sociedade, ao construir uma imagem negativa do acusado, viola a presunção de inocência, uma vez que a Constituição Federal diz que ninguém será considerado culpado antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. A imprensa, ao rotular o indivíduo como culpado por um delito, antes mesmo de ter uma ação penal e sua fase instrutória e decisória, afronta diretamente o postulado constitucional em análise.

Simone Schreiber, ao analisar os votos de dois Habeas Corpus e torná-los casos paradigmáticos em razão da repercussão na imprensa, entendeu que as decisões sobre as decretações das prisões preventivas foram influenciadas pela opinião pública. Como já visto no presente trabalho, nos casos Nicolau dos Santos Neto e Suzane Von Richthofen e irmão Cravinhos, as prisões cautelares foram mantidas pelo STJ e pelo STF, decisões que permitiram verificar como a imprensa interfere em determinados julgamentos e põe em xeque a presunção de inocência.

Ao analisar os votos no Habeas Corpus n. 807.717-8/SP, impetrado no caso Nicolau dos Santos Neto, a autora concluiu que:

Ao sustentar que a manutenção da liberdade do réu durante o processo colocaria em risco a credibilidade e a respeitabilidade das instituições públicas, a Corte afirmou, embora o dizendo de outra forma, que a boa imagem das instituições perante a opinião pública dependeria da demonstração de que os fatos noticiados não ficariam impunes, mesmo porque a punição seria instantânea, prescindindo da apuração da responsabilidade penal através do devido processo legal.¹²⁴

Continuou sua análise dizendo que:

Considerações a respeito da gravidade e repercussão dos fatos imputados ao réu embasaram o decreto de prisão, tendo a maioria da Corte se preocupado apenas em fixar o alcance da expressão *garantia da ordem pública*, constante do enunciado do art. 312 do Código de Processo Penal. A principal crítica a ser feita ao julgado é ter esvaziado o debate constitucional a respeito da eficácia normativa de um princípio para pautar a interpretação dos dispositivos legais subjacentes. O voto vencedor não explicitou satisfatoriamente o conteúdo do princípio da presunção de inocência, a fim de refutar com propriedade a alegação de que teria sido violado.¹²⁵

No outro paradigma, notadamente no Habeas Corpus n. 59.674/SP do STJ, *in verbis*, Schreiber aponta que o interessante é que a ementa do julgado consigna que o motivo da prisão

¹²⁴ SCHREIBER, *op.cit.*, p. 203-204.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 204.

preventiva está baseado na comoção social e no clamor público, provocados pelos gravíssimos crimes, intensificados por entrevistas concedidas à imprensa pelos réus.

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E FRAUDE PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS SEUS MOTIVOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA.

1. Não é ilegal a prisão cautelar, afora por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, decretada e mantida para a garantia da ordem pública, por função da intensificação, conseqüente às entrevistas à imprensa, da comoção social e do clamor público provocados pelos gravíssimos e confessados crimes pelos quais já agora estão condenados os pacientes e da necessidade de preservar a credibilidade da Justiça.¹²⁶

Embora tal situação esteja mudando, cabe concluir que, nos casos exemplificativos, é evidente a flexibilização, realizada pelas Cortes Superiores, do princípio da presunção de inocência, o qual é garantidor de direitos do acusado. Isso ocorreu em virtude de um ambiente de pressão da opinião pública, repercutida e estimulada pela mídia. Verifica-se ainda que ambas as decisões negaram a liberdade aos réus submetidos à prisão preventiva, o que evidencia ainda mais a interferência indevida da imprensa nas decisões cautelares, banalizando-as, de modo a tornar a restrição da liberdade a medida cautelar mais comum, e não uma exceção.

O STJ, em suas últimas decisões sobre o tema, vem reconhecendo que o clamor público e a garantia da credibilidade da Justiça não são motivos idôneos à decretação da prisão preventiva, salvo se estiverem apoiados em fatos concretos, conforme o Habeas Corpus n. 536.995/BA¹²⁷. Porém, se tais demandas chegam às Cortes Superiores do país, é plenamente aceitável afirmar que os magistrados de instâncias inferiores ainda são pressionados pela sede de punição da sociedade, o que é fomentado diversas vezes pela mídia.

Significa dizer que, para além da violação a direitos da personalidade, publicidades midiáticas contra o acusado ferem o seu direito de ser considerado presumidamente inocente, surgindo inclusive diferenciação no tratamento dispensado ao acusado pelos próprios agentes estatais responsáveis pela persecução penal e pelo julgamento da ação penal.

Reconhecer o clamor público com fundamento para enrijecer o tratamento dado ao acusado confirma que a pressão da imprensa pela punição de certas pessoas, sejam elas investigadas ou réus, é legítima, haja vista ser encampada pelo Poder Judiciário, ainda que atualmente se observe um movimento contrário realizado pelo STJ e STF.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 59.674/SP*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601113979&dt_publicacao=20/11/2006>. Acesso em: 11 set. 2023.

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 536.995/BA*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902956996&dt_publicacao=18/02/2021>. Acesso em: 11 set. 2023.

Portanto, é premente que ocorram mudanças na conduta da imprensa como um todo quando for noticiar fatos penais. É essencial desmistificar o papel da imprensa na democracia como instituição descompromissada, voltada aos melhores propósitos e legítima tradutora dos interesses sociais. A mídia deixou de ser fiscalizadora dos órgãos estatais e comprometida unicamente com a busca imparcial da verdade.

Tal mudança que ora se propõe não visa estabelecer mecanismos de controle social ou estatal sobre a imprensa, haja vista que não é aceitável defender quaisquer tipos de censura ao conteúdo veiculado pela imprensa, principalmente em uma democracia relativamente moderna como a brasileira. A ideia é buscar reequilibrar a balança quando o exercício abusivo da liberdade de expressão e de acesso à informação colidem com outros direitos fundamentais, entre eles, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e a presunção de inocência.

Dessa forma, no subcapítulo seguinte será realizado um estudo sobre a viabilidade de responsabilização administrativa da mídia no Brasil. Para isso, é utilizado o Direito Comparado como argumento fortalecedor de modelos de responsabilidade administrativa da mídia que se adequariam à realidade brasileira. Tendo em mente que o poder da imprensa diante da liberdade de expressão somente se limitará com o poder estatal, em razão da natureza de serviço público da comunicação social, estudam-se ferramentas para limitar a liberdade atualmente irrestrita da mídia, haja vista não ter direito fundamental absoluto.

3.3. A VIABILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA MÍDIA

Preliminarmente, é importante destacar que em um Estado Democrático de Direito não há direitos fundamentais absolutos, de modo que a liberdade de expressão e o direito de acesso à informação podem ser regulamentados e até mesmo limitados quando entrarem em confronto com outros direitos individuais assegurados pela Carta Magna de 1988. Ou seja, em caso de conflito aparente de normas fundamentais, é possível uma preponderar sobre a outra, não a excluindo do ordenamento jurídico, mas apenas deixando de aplicá-la em determinadas circunstâncias.

Além disso, é essencial ter em foco o poder de divulgação e de disseminação da informação que a mídia detém, bem como tal situação impacta diretamente na construção de narrativas contadas ao destinatário como uma verdade pura e irrefutável. De acordo com o que já foi exposto no presente estudo, verifica-se que, muitas vezes, a mídia não tem compromisso

com a veracidade dos fatos, ou seja, com a informação, haja vista que busca atender a diversos interesses privados, afastando-se do seu papel fortalecedor da cidadania e da democracia.

Considerando todo o poder de influência da mídia, em razão de sua força de divulgação e multiplicação da comunicação, cabe mencionar que não há grandes repercussões legais / jurídicas quando os veículos jornalísticos violam direitos fundamentais, tais como a presunção de inocência, a proporcionalidade e o devido processo legal, incluindo a ampla defesa e o contraditório, bem como o juízo natural, o que engloba o direito a um julgamento justo por um juiz imparcial e competente para a causa.

A não recepção da Lei de Imprensa de 1965 retirou boa parte da regulamentação sobre os meios de comunicação, embora não fosse totalmente incompatível com a Constituição Federal de 1988. Atualmente, ainda que seja possível falar em responsabilidade civil e criminal da mídia, são consequências frágeis para os prejuízos causados por descompromisso dos jornais.

Importa dizer que, hoje, a imprensa responde, por exemplo, por danos morais, na esfera cível, e por injúria, calúnia e difamação, em âmbito criminal, ilícitos estes que podem ser afastados sem maiores dificuldades. Advindo condenação, é possível falar em teses jurídicas sobre a ausência de ato ilícito para afastar da reparação civil. Já criminalmente, a responsabilização é ainda mais difícil, visto que a informação e o jornalista têm a seu favor o sigilo de fonte, a liberdade de imprensa e de expressão, embate em que costuma prevalecer o direito constitucional sobre o direito infraconstitucional.

Desse modo, o que se defende, por ora, é uma responsabilização administrativa, tendo em vista a natureza de serviço público da comunicação. Ou seja, considerando que a comunicação é de titularidade da União Federal, a qual concede ao particular o direito de explorar tal serviço, verifica-se que é plenamente possível argumentar pela responsabilidade dos meios de comunicação de massa, sejam alternativos ou tradicionais, na esfera administrativa.

Significa dizer que a liberdade de imprensa deve ser mitigada em caso de o exercício implicar em violações a diversos outros direitos fundamentais, tais como os direitos do preso e a imparcialidade do julgamento. Tal visão extrai seu substrato, considerando o caráter de serviço público, o qual deve atender ao interesse público, e não ao interesse particular / econômico do capital privado. Ainda que a sociedade tenha interesse direto na divulgação de informações, tem também interesse em um sistema de justiça isento, não atendendo a interesses de poucos.

Este também é o entendimento defendido pelo Prof. Dr. Marcelo de Carvalho, em sua tese de doutorado, *in verbis*:

No Estado Democrático de Direito não podem existir direitos fundamentais absolutos, uma vez que os direitos fundamentais impõem ao Estado um dever de abstenção e de prestação. Assim, por exemplo, diante do direito de liberdade de expressão, por ser este um direito individual, o Estado deve manter uma postura negativa. No entanto, por conta da apropriação indevida desse direito pela mídia corporativa, o Estado deve apresentar uma postura positiva, isto é, torna-se necessário regulamentar os meios de comunicação para que a efetiva tutela do direito à liberdade de expressão seja garantida. Especialmente, em face de seu poder de formação da opinião pública e do seu caráter de serviço público.¹²⁸

A responsabilização da mídia é uma realidade em vários países e representa um fortalecimento das bases democráticas, principalmente quando se pensa em defesa do direito à liberdade de expressão. Países como Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, França, Espanha e Suécia são bons exemplos para retratar a compatibilidade da democracia com a regulamentação e responsabilização da mídia.

Em um artigo publicado pela UNESCO, Andrew Puddephatt defende que a regulação da imprensa significa garantia, promoção e proteção da liberdade. A principal função da regulação desse direito é a sua própria proteção, e não a limitação, restrição ou censura, como alguns defendem. Com tal finalidade, diversos instrumentos internacionais buscaram dar bases aos países signatários para regulamentar esse direito fundamental para a democracia. Nesse sentido é a posição do autor supracitado:

A regulação da mídia caminha, portanto, *pari passu* com a garantia, promoção e proteção da liberdade de expressão. Na verdade, regular a mídia deve sempre ter como objetivo último proteger e aprofundar aquele direito fundamental. Não por outra razão, a matéria é tratada, a partir de diferentes perspectivas, pelos mais importantes instrumentos internacionais de direitos humanos: Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Convenções sobre os Direitos da Criança, sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O mesmo vale para instrumentos regionais de direitos humanos e para os ordenamentos jurídicos das mais consolidadas e longevas democracias do planeta.¹²⁹

Prosseguindo sua explanação e defendendo a necessidade de regulação dos meios de comunicação, o autor sintetiza que a mídia tem um caráter dual. Afirma que se trata de um ambiente de livre troca de ideia e opinião, razão pela qual deve ser protegida e estar livre de interferências políticas, ou seja, deve ser isenta devido ao seu papel fundamental na democracia. Além disso, trata-se de um ator social, de modo que suas divulgações podem interferir nos

¹²⁸ CARVALHO, *op. cit.*, p. 55-56.

¹²⁹ PUDDEPHATT, Andrew. *A importância da autorregulação da mídia para a defesa da liberdade de expressão*. UNESCO. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000191624_por>. Acesso em: 10 jan. 2024.

acontecimentos, ou seja, na conduta e na forma de pensar da sociedade, o que obviamente inclui os membros da magistratura e demais estruturas de poder, motivo pelo qual requer um comportamento socialmente responsável da mídia.¹³⁰

Brevemente e a título exemplificativo serão analisados a seguir os modelos regulatórios de quatro Estados democráticos, notadamente de Portugal, dos Estados Unidos, do Reino Unido e da Argentina, os quais impõem responsabilidades à mídia. A intenção é demonstrar que a regulamentação e responsabilização dos meios de comunicação não significa violação, restrição ou censura do direito à liberdade de expressão, mas sim proteção desse direito fundamental e da democracia.

Em Portugal, ao analisar a Lei n. 2/99 (Lei de Imprensa portuguesa), é de fácil percepção a imposição de limites à liberdade de imprensa na atividade jornalística, tida como absoluta no Brasil. Em seu artigo 3º, a lei em questão determina que a liberdade de imprensa se limita às previsões constitucionais, com a finalidade de garantir o rigor e objetividade da informação, bem como os direitos ao bom nome, à intimidade da vida privada, à imagem e à palavra dos cidadãos, defender o interesse público e a ordem democrática.

Art. 3º. A liberdade de imprensa tem como únicos limites os que decorrem da Constituição e da lei, de forma a salvaguardar o rigor e a objectividade da informação, a garantir os direitos ao bom nome, à reserva da intimidade da vida privada, à imagem e à palavra dos cidadãos e a defender o interesse público e a ordem democrática.¹³¹

Além disso, a Lei de Imprensa portuguesa destinou um capítulo para dispor sobre formas de responsabilidade, tanto cível quanto criminal, em seus artigos 29 e 30. Cabe ressaltar que os crimes cometidos através da imprensa têm a pena abstrata elevada em um terço, demonstrando que eventual regulamentação da imprensa não agride os ditames democráticos, haja vista que a liberdade de imprensa não é um direito constitucional ilimitado e absoluto, mas pode ser limitado em razão de direitos e garantias constitucionais.

Art. 29.º Responsabilidade civil

1 - Na determinação das formas de efectivação da responsabilidade civil emergente de factos cometidos por meio da imprensa observam-se os princípios gerais.

2 - No caso de escrito ou imagem inseridos numa publicação periódica com conhecimento e sem oposição do director ou seu substituto legal, as empresas

¹³⁰ *Ibid.* “Em resumo, é importante reconhecer o caráter dual da mídia e suas implicações. Primeiramente, ela constitui um ambiente que permite a livre troca de ideias e opiniões, o que é fundamental em uma democracia e, portanto, merece proteção, precisa estar livre de interferências políticas por parte do governo ou grupos específicos. Em segundo lugar, ela é um ator social em defesa de seus direitos e interesses; suas decisões sobre quais fatos cobrir e de que forma cobri-los, assim como suas posições editoriais, tudo pode interferir nos acontecimentos, o que requer da mídia um comportamento socialmente responsável. É esse caráter duplo que torna tão essencial a construção de um sistema efetivo de autorregulação.”

¹³¹ PORTUGAL. *Lei n. 2, de 13 de janeiro de 1999 (Lei de Imprensa)*. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=138&tabela=leis>. Acesso em: 14 jul. 2023.

jornalísticas são solidariamente responsáveis com o autor pelos danos que tiverem causado.

Art. 30.º Crimes cometidos através da imprensa

1 - A publicação de textos ou imagens através da imprensa que ofenda bens jurídicos penalmente protegidos é punida nos termos gerais, sem prejuízo do disposto na presente lei, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais.

2 - Sempre que a lei não cominar agravação diversa, em razão do meio de comissão, os crimes cometidos através da imprensa são punidos com as penas previstas na respectiva norma incriminatória, elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.¹³²

Nos Estados Unidos, o modelo de regulamentação da mídia foi norteador por uma ideologia liberal presente no país desde sua independência. Isso fica ainda mais evidente com a Primeira Emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos da América, a qual proíbe que o Congresso edite leis para ceifar a liberdade de imprensa, razão pela qual os jornais impressos não são limitados por uma legislação própria.

Significa dizer que não há uma única lei de imprensa, mas sim diversas normas distintas de regulamentação da mídia. Ademais, o país ainda conta com um órgão governamental regulador criado pela Lei de Comunicação, denominado *Federal Communications Commission (FCC)*. Tal órgão é autônomo em relação ao governo norte-americano, sendo o responsável por regulamentar a comunicação através de rádio, TV, telefonia e banda larga, bem como renovar as concessões.

Os americanos, por mais liberais que fossem, entenderam que algo deveria ser feito com o avanço tecnológico e com o advento da radiodifusão, o que levou à imposição de regras na comunicação jornalística. O dilema liberdade de expressão e regulamentação da mídia repercutiu em diversas legislações e regulamentos, pois, embora o livre mercado seja uma grande característica da sociedade norte-americana, a comunicação era considerada como bem público explorado pela iniciativa privada.

Desse modo, deveria prevalecer o interesse público sobre o privado. Assim, definiu-se que a função do Estado era conceder licenças e definir certos aspectos, tais como limites e responsabilidades. Nesse sentido é a análise de Érico da Silveira e Suzy dos Santos:

O setor privado é o proprietário e o gestor das comunicações em um sistema de competição limitada. O conceito que sustenta essa limitação reside na escassez de espectro para radiodifusão, exigindo a presença do Estado na organização, concedendo licenças, selecionando os Trustees dentro do número limitado de concessões que o Estado pode oferecer.¹³³

¹³² *Ibid.*

¹³³ SILVEIRA, Érico da; SANTOS, Suzy dos. Serviço público e interesse público nas comunicações. In: RAMOS, Murilo César; SANTOS, Suzy dos (Orgs.). *Políticas de comunicação: Buscas Teóricas e Práticas*. São Paulo: Paulus, 2007, p. 56.

No Reino Unido, a liberdade de imprensa passa por um controle estatal ainda maior em relação aos americanos, em virtude de a ideia de serviço público ultrapassar a concepção de interesse público. De acordo com o conceito de “acesso universal”, a função estatal dentro do sistema regulatório é controlar completamente a mídia, definindo a natureza do serviço, bem como as tarifas, permitindo assim que se tenha um acesso universal aos meios de comunicação.

Seguindo essa toada é a posição de Silveira e Santos:

O conceito de Serviço Público é importante na observação do modelo britânico, que optou por um modelo misto, mais próximo à categoria de Common Carriage, ao criar uma autoridade independente para a radiodifusão: a British Broadcasting Corporation. A BBC, que representa originalmente o modelo inglês, obedece à lógica do serviço de utilidade pública. O serviço de comunicação é um serviço a que todos os ingleses têm direito de acesso e o modo como esse serviço é garantido à sociedade se dá pelo Estado, (...) ficando ao setor privado a prestação de serviço. (...) O modelo inglês buscou uma instituição independente para garantir a isenção em relação ao Estado, para garantir o princípio da Liberdade de Expressão.¹³⁴

Além disso, nesse modelo, verifica-se um alto custo de manutenção da infraestrutura, não permitindo a concorrência, aspecto importante dentro do livre mercado. Trata-se de um modo de assegurar que a população tenha maior qualidade das informações, uma vez que a concorrência prejudicaria a qualidade, o que, na concepção britânica, seria mais oneroso à população.

Por fim, na Argentina, a Lei n. 26.522/2009 (*Ley de Medios*) tem como um de seus objetivos democratizar o acesso à informação, combater eventuais monopólios, oligopólios e tutelar os direitos dos cidadãos. Em tese, a regulamentação serve de ponto de equilíbrio entre os interesses particulares da mídia e do interesse público, sendo certo que este deve prevalecer sobre aqueles em caso de conflito. Veja o artigo 3º da lei argentina:

Artículo 3 - Objetivos. Se establecen para los servicios de comunicación audiovisual y los contenidos de sus emisiones, los siguientes objetivos:

- a) La promoción y garantía del libre ejercicio del derecho de toda persona a investigar, buscar, recibir y difundir informaciones, opiniones e ideas, sin censura, en el marco del respeto al Estado de Derecho democrático y los derechos humanos, conforme las obligaciones emergentes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados incorporados o que sean incorporados en el futuro a la Constitución Nacional.*
- b) La promoción del federalismo y la Integración Regional Latinoamericana.*
- c) La difusión de las garantías y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional.*
- d) La defensa de la persona humana y el respeto a los derechos personalísimos.¹³⁵*

¹³⁴ *Ibid.*, p. 67-68.

¹³⁵ ARGENTINA. *Lei n. 26.522*, de 10 de janeiro de 2009 (*Ley de Medios*). Disponível em: <https://www.enacom.gov.ar/ley-26-522_p2709>. Acesso em: 17 jul. 2023.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Rodolfo Silva Marques e Bruno da Silva Conceição:

Para os defensores da regulação, ela serviria como ponte mediadora entre os interesses da mídia e do público defendendo, prioritariamente, os interesses deste último. A nova regulação proposta pelo governo kirchnerista deveria combater monopólios, oligopólios e proteger os direitos dos cidadãos, inclusive promovendo o amplo acesso à informação. O seu sentido mais expresso é democratizar o acesso à informação no território argentino, ainda mais que a legislação anterior era da época da ditadura militar, sendo um motivador a mais para o governo kirchnerista alterar essa legislação, pois o combate aos resquícios do aparato militar era uma agenda política forte do casal Kirchner. Podemos ver descrito nos artigos primeiro e terceiro da referida lei os anseios contemplados da sociedade argentina de maior democratização, respeito à dignidade humana, valorização dos aspectos culturais locais etc. para serem expostos no setor de comunicações.¹³⁶

Ademais, cabe destacar que, na Argentina, também há agências reguladoras para fiscalizar o cumprimento das obrigações e das leis e normas regulatórias, bem como aplicar sanções correspondentes às violações normativas, tudo isso realizado na esfera administrativa, modelo que, por ora, é defendido e serve de parâmetro para a evolução do sistema regulatório da mídia no Brasil. *In loco*, o art. 12, itens 12, 14, 16, 17, 19 e 25, da *Ley de Medios*:

Artículo 12 - Misiones y funciones. La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual tendrá las siguientes misiones y funciones:

12) Fiscalizar y verificar el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente y los compromisos asumidos por los prestadores de los servicios de comunicación audiovisual y radiodifusión en los aspectos técnicos, legales, administrativos y de contenidos.

14) Aplicar las sanciones correspondientes por incumplimiento de la presente ley, sus reglamentaciones y sus actos administrativos, bajo control judicial pleno y oportuno, incluso cautelar.

16) Fiscalizar, percibir y administrar los fondos provenientes de gravámenes, tasas y multas, y administrar los bienes y recursos del organismo.

17) Resolver en instancia administrativa los recursos y reclamos del público u otras partes interesadas.

19) Garantizar el respeto a la Constitución Nacional, las leyes y Tratados Internacionales en los contenidos emitidos por los servicios de comunicación audiovisual.

25) Ejercer su conducción administrativa y técnica.¹³⁷

Ressalta-se que, na Argentina, embora a responsabilização administrativa seja possível, tal conduta se submete ao controle de legalidade e de validade do ato administrativo pelo Poder Judiciário, como ocorre também no Brasil.

De acordo com essa legislação, torna-se evidente a possibilidade de criar agência reguladora e um sistema de fiscalização e responsabilização administrativa dos meios de

¹³⁶ MARQUES, Rodolfo Silva; CONCEIÇÃO, Bruno da Silva. *A Ley de Medios na Era Macri*: reversão no processo de regulação da mídia na Argentina. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/view/31179/23355>>. Acesso em: 17 jul. 2023.

¹³⁷ ARGENTINA, *op.cit.*, nota 124.

comunicação em caso de violações às normas regulatórias e constitucionais, sem que isso implique em censura e ofenda a ordem democrática.

Em suma, significa dizer que, transferindo tal ideia para a esfera criminal, é possível responsabilizar administrativamente a mídia por violações à imagem e aos direitos e garantias fundamentais e processuais do acusado. É importante deixar claro que o conteúdo da divulgação não é controlado, ou seja, não é necessária uma autorização governamental para divulgar a informação.

Porém, a lei busca estabelecer consequências, não só cíveis e penais, mas também administrativas, para os casos de violações de normas legais e constitucionais, diminuindo a incidência de situações como a *fake news* e o julgamento e condenação sumários/antecipados do acusado, como já abordado na presente exposição, haja vista a natureza de serviço público da comunicação social.

Importando tal ideia para o Brasil, é possível afirmar que tal sistema é viável, aplicando-se um modelo de responsabilização progressiva, isto é, advertência, multa, suspensão temporária e, até mesmo, a perda da concessão. Para isso, é necessário estabelecer parâmetros objetivos capazes de não deixar dúvidas acerca da penalidade a ser imposta. Visando atingir tal objetivo, vale observar as penalidades ou sanções previstas na legislação argentina.¹³⁸

Diante disso, o modelo argentino é capaz de inspirar o legislador brasileiro, considerando que se trata de um modelo semelhante de responsabilização, ora defendido como

¹³⁸ *Ibid.*, artigo 103.º — *Sanções*. O incumprimento das obrigações estabelecidas nesta lei, no seu regulamento ou nas condições de adjudicação dará origem à aplicação das seguintes sanções mínimas e máximas: 1) Para os prestadores de gestão privada com ou sem fins lucrativos, para os prestadores não estatais autorizados e para os titulares dos registos regulados nesta lei: a) Chamar atenção; b) Advertência; c) Multa de 0,1% (zero vírgula um por cento) a 10% (dez por cento) da receita publicitária obtida no mês anterior à prática do ato objeto de sanção. O instrumento pelo qual for determinada a multa terá carácter de título executivo; d) Suspensão de publicidade; e) Caducidade da licença ou registo.

Para efeitos desta secção – tratando-se de pessoas colectivas – os membros dos órgãos sociais são passíveis de responsabilização e sanção;

2) Para administradores de emissoras estaduais: a) Chamar atenção; b) Advertência; c) Multa, que deverá ser paga pessoalmente pelo funcionário infrator. O instrumento pelo qual for determinada a multa terá carácter de título executivo; d) Desqualificação.

Estas sanções não excluem aquelas que podem ser aplicadas a você em virtude do seu carácter como funcionário público. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas sem prejuízo de outras que possam ser aplicáveis de acordo com a legislação civil e penal vigente.

Artigo 104.º — *Contra-ordenação*. A pena de advertência, advertência e/ou multa, conforme o caso, será aplicada nos seguintes casos por se tratar de infração leve:

a) O incumprimento pontual de normas técnicas, na medida em que possa afectar a qualidade do serviço ou as áreas de serviço estabelecidas para outras estações; b) O incumprimento das disposições relativas às percentagens de produção e publicidade nacional, própria, local e/ou independente nas emissões; c) O incumprimento das orientações estabelecidas nas condições de concessão ocasional da licença; d) O incumprimento das regras previstas para a transmissão em rede; e) A ultrapassagem do prazo máximo permitido pelo artigo 82.º para anúncios publicitários; f) Os actos definidos como infracção menor pela presente lei.

Artigo 105.º — *Reiteração*. A repetição, no mesmo ano civil, das transgressões previstas no artigo 104.º será considerada infracção grave.

adequado a eventual regulamentação a ser implementada no Brasil. Isso porque a *Ley dos Medios* possui previsão de faltas leves e graves, bem como de uma graduação das sanções, conforme se verifica nos arts. 106, 108 e 110 da Lei em questão.¹³⁹

Cabe ressaltar que esse modelo de responsabilização ocorre na via administrativa, inicialmente, haja vista que, ao esgotar tal instância, é possível que o interessado se valha do Poder Judiciário, o qual poderá reanalisar a demanda, conforme art. 112 deste diploma legal:

*ARTICULO 112. — Jurisdicción. Una vez agotada la vía administrativa, las sanciones aplicadas podrán ser recurridas ante los Tribunales Federales de Primera Instancia con competencia en materia contencioso-administrativa, correspondientes al domicilio de la emisora. La interposición de los recursos administrativos y de las acciones judiciales previstas en este artículo no tendrá efecto suspensivo salvo en el caso de caducidad de licencia, en el que deberán analizarse las circunstancias del caso.*¹⁴⁰

Além disso, visando fortalecer ainda mais o modelo, ora defendido como inspiração às Casas Legislativas, em 2013, Frank La Rue, relator especial da ONU para a Liberdade de Opinião e de Expressão (2008-2014), afirmou que:

A Argentina tem uma lei avançada. É um modelo para todo o continente e para outras regiões do mundo. Essa é uma lei muito importante. Eu a considero um modelo e a mencionei no Conselho de Direitos Humanos da ONU, em Genebra. E ela é

¹³⁹*Ibid.*, Artigo 106.º — *Falta grave*. Será aplicada multa, suspensão de publicidade e/ou caducidade de licença, conforme o caso, nos seguintes casos por falta grave: a) Recorrência de incumprimento de normas técnicas na medida em que possa afectar a qualidade do serviço ou as áreas de serviço estabelecidas para outras estações; b) O incumprimento das disposições de conteúdo relativas às percentagens de produção e publicidade nacionais, próprias, locais e/ou independentes em emissões repetidas; c) O incumprimento reiterado das orientações estabelecidas nas condições de concessão da licença; d) A constituição de redes de radiodifusão sem autorização prévia da autoridade requerente; e) Incorrer nas condutas previstas no artigo 44.º relativamente à delegação de exploração; f) Reincidência em casos de infrações leves; g) A falsa declaração prestada pelo licenciado, relativamente à propriedade dos bens afectos ao serviço; h) A falta de dados ou a sua atualização na pasta de acesso público; i) Incorrer em actos definidos como falta grave nesta lei.

Artigo 108.º — *Caducidade da licença ou do registo*. A penalidade de caducidade da licença ou registo será aplicada em caso de: a) Praticar actos que violem a ordem constitucional da Nação ou utilizar os Serviços de Comunicação Audiovisual para proclamar e incentivar a prática de tais actos; b) O incumprimento grave ou reiterado da presente lei, da Lei Nacional das Telecomunicações ou da respetiva regulamentação, bem como do disposto no caderno de encargos e nas propostas de adjudicação; c) Reiteração na alteração de parâmetros técnicos que causem interferências em frequências atribuídas para fins públicos; d) Incumprimento injustificado da instalação da estação após adjudicação em tempo e forma legal; e) Fraude na titularidade da licença ou registo; f) As transmissões não autorizadas ou a aprovação, pelo órgão competente do licenciado ou entidade autorizada, da transmissão de partes, quotas ou ações que esta lei proíbe; g) A falsa declaração prestada pelo licenciado ou entidade autorizada, relativamente à propriedade dos bens afectos ao serviço; h) A delegação da exploração do serviço; i) A condenação em processo-crime do licenciado ou entidade autorizada de qualquer dos sócios, diretores, administradores ou gerentes das empresas licenciadas, por crimes dolosos que os beneficiem; j) A reincidência na prática de infrações classificadas como falta grave pela presente lei.

Artigo 110.º — *Graduação das sanções*. Em todos os casos, a sanção imposta, dentro dos limites indicados, será graduada tendo em conta o seguinte: a) A gravidade das infrações anteriormente cometidas; b) A repercussão social das infrações, tendo em conta o impacto no público; c) O benefício que o facto objecto da infracção trouxe ao infractor.

¹⁴⁰ *Ibid.*

importante porque para a liberdade de expressão os princípios da diversidade de meios de comunicação e de pluralismo de ideias é fundamental.¹⁴¹

Por fim, ressalta-se que o art. 108, a, da Lei argentina estabeleceu a caducidade da licença concedida aos veículos de comunicação social, se praticarem atos que violem a ordem constitucional ou utilizarem os meios disponíveis para proclamar e incentivar a prática de tais atos. Isso aponta para uma preocupação em tutelar os direitos e garantias previstas na Carta Magna, pois ordem constitucional engloba a Constituição da República, os direitos fundamentais, bem como os princípios democráticos previstos expressa ou implicitamente.

O modelo não precisa ser idêntico, mas pode inspirar o pensamento dos membros do Congresso Nacional, haja vista ser este o detentor da atribuição para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão. Diante dessas análises e considerando o avanço que a implementação de um modelo semelhante ao argentino é capaz de representar na comunicação social brasileira, é razoável pensar na viabilidade de um modelo de responsabilização administrativa da mídia que seja progressivo e adaptado às necessidades e peculiaridades da sociedade.

Porém, para que o modelo funcione, é essencial ter uma agência reguladora destinada a regulamentar e fiscalizar a execução do serviço público de comunicação social, dando a ela o poder para processar administrativamente as infrações cometidas por meio da imprensa, como ocorre no modelo americano por meio da *Federal Communications Commission (FCC)*. No Brasil, tais atribuições podem ser realizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) ou por meio de uma agência reguladora própria submetida ao Ministério das Comunicações.

A título de enriquecimento da presente pesquisa, é premente citar um estudo realizado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), quanto ao Observatório Brasileiro de Mídia (OBM), defendendo a criação de um “quinto poder” para fiscalizar o poder desempenhado pelos meios de comunicação, evidenciando a importância de as autoridades competentes tomarem providências acerca da ilimitação da comunicação social. Veja:

Com esse pressuposto, o OBM/MWG-Brasil postula a criação de um “quinto poder” cuja função seria fiscalizar democraticamente o superpoder dos grandes meios de comunicação e dos grandes grupos da mídia uma vez que “a mídia é, atualmente, o único poder sem um contra-poder”. Dessa forma, a força do OBM/MWG-Brasil é, principalmente de ordem moral: ele adverte baseado na ética e aponta os erros da

¹⁴¹ UOL. *Lei de Meios argentina é modelo, diz relator da ONU*. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/24930/lei-de-meios-argentina-e-modelo-diz-relator-da-onu>>. Acesso em: 13 set. 2023.

mídia – segundo critérios por ela mesma definidos – através de relatório e pesquisas que elabora, publica e divulga.¹⁴²

Eventual previsão de responsabilidade administrativa poderá repercutir em benefícios ao processo penal e na proteção aos direitos e garantias fundamentais do acusado, implicando logicamente na imposição de medidas cautelares. Isso considerando que a proposta é adaptar a mídia para que observe tais direitos, não limitando o conteúdo a ser divulgado, mas sim a forma da divulgação.

É possível considerar que a prisão preventiva será mais bem utilizada, restrita às situações em que são realmente necessárias. Como resultado, conclui-se que a medida pode implicar em diminuição da pressão popular e midiática sobre o magistrado, reequilibrando a balança da justiça ao permitir uma decisão estritamente técnica e desapaixonada dos órgãos judiciários. Além disso, permite-se afirmar que o número de presos provisórios e, conseqüentemente, o custo para o Estado serão reduzidos como resultados da presente proposta.

Portanto, a finalidade não é impedir que a mídia divulgue toda e qualquer informação, mas sim que a imprensa tome os devidos cuidados com a construção da narrativa, tendo em vista sua importância para que a sociedade conheça suas mazelas e evolua, para a opinião pública e a liberdade de pensamento, de expressão e de acesso à informação, bem como para o fortalecimento da democracia relativamente recente do Brasil. Busca-se estabelecer conseqüências gradativas ao frequente desrespeito aos direitos e às garantias fundamentais, considerando que um direito dessa natureza só pode ser limitado quando o seu respectivo exercício violar normas de ordem constitucional.

Aqui não se fala em censura ou controle de conteúdo da informação a ser publicada, mas sim em liberdade e tutela dos direitos constitucionalmente garantidos, haja vista que a imprensa continuaria livre para divulgar as informações, desde que observasse o interesse público e as previsões da Carta Magna, exaltando as bases democráticas e o pluralismo no país. Ademais, o aqui proposto tornaria possível a prolação de decisões mais isentas e técnicas por parte dos magistrados, atendendo às expectativas iniciais, tendo em vista que o Poder Judiciário, por ser contramajoritário, deve ser técnico, e não político.

John Locke é muito preciso ao afirmar que a lei não busca abolir ou restringir, mas sim preservar e ampliar a liberdade, haja vista que, onde não há lei, não há liberdade. O autor

¹⁴² UFBA. Sobre o Observatório Brasileiro de Mídia (OBM). *Fórum Internacional: Mídia, Poder e Democracia*. Disponível em: <https://www.cult.ufba.br/e_forummpd_obm.html>. Acesso em: 13 set. 2023.

continua seu raciocínio concluindo que a liberdade consiste em estar livre de restrição e de violência por parte de outros, o que não se pode dar se não há lei.¹⁴³

So that, however it may be mistaken, the end of law is not to abolish or restrain, but to preserve and enlarge freedom: for in all the states of created beings capable of laws, where there is no law, there is no freedom: for liberty is, to be free from restraint and violence from others; which cannot be, where there is no law.¹⁴⁴

Seguindo essa posição, a presente proposta não busca restringir o conteúdo da informação, ou seja, não restringe a liberdade de expressão. Muito pelo contrário. Busca-se que os meios de comunicação observem normas hierarquicamente superiores. Busca-se estabelecer consequências administrativas para eventuais violações ocorridas. Busca-se fortalecer a democracia, preservando direitos fundamentais, haja vista que a responsabilização administrativa não impedirá que a informação seja divulgada. Em momento algum haverá controle, mas sim um sistema que imponha responsabilidades por eventuais danos causados, considerando se tratar de um ator social de grande influência sobre a população.

Cuidar da regulação é cuidar da democracia, visando a que a imprensa cumpra seu papel com base no interesse público, para que a mídia não se preocupe com a criação de narrativas e com a manipulação da opinião pública, mas com a mera transmissão do conteúdo de forma isenta. Cabe destacar que forçar a imprensa a observar os direitos e as garantias fundamentais individuais não significa restrição da liberdade de expressão. Um direito fundamental não excluirá o outro.

¹⁴³ Diante da importância desse autor clássico, entendo ser relevante mencioná-lo, embora não seja objeto do presente trabalho, merecendo maior aprofundamento. LOCKE, John. *Two treatises of government* Edited by Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1690. Disponível em: <https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2638/Locke_TwoTreatises_EnhancedEdition.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2023. Tradução: “De modo que, por mais que esteja errado, o fim da lei não é abolir ou restringir, mas preservar e ampliar a liberdade: pois em todos os estados de seres criados capazes de lei, onde não há lei, não há liberdade: pois liberdade é estar livre de restrições e violência de outros; o que não pode ser, onde não há lei.”

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 216.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, o trabalho desenvolvido objetivou demonstrar como a narrativa construída pela mídia sobre fatos penais interfere na decretação de prisões preventivas, banalizando essa medida cautelar. Ou seja, como a imprensa torna o juiz parcial e faz com que este inobserve a excepcionalidade da medida. Buscou-se, a partir da análise de dados do CNJ, doutrina e jurisprudência, evidenciar que os magistrados, muitas vezes, são pressionados pela sociedade, o que é fomentado pelos veículos de comunicação, de modo a influenciar diretamente nas decisões judiciais prolatadas.

Verificou-se que o desenvolvimento tecnológico inaugurou a sociedade da informação, a qual é amplamente bombardeada por conteúdos e manipulada em seus comportamentos e pensamentos. O compartilhamento de dados, principalmente, por meio das redes sociais, permitiu que a informação circulasse com maior facilidade e influenciasse um maior número de pessoas, de modo que a mídia adotou o papel de formadora de opinião pública. Assim, surgiram diversas teses acerca do poder ilimitado exercido pela mídia, baseado principalmente na liberdade de expressão e de imprensa, bem como no direito de acesso à informação.

Considerando a mídia como um quarto poder em razão de sua forte influência no comportamento social, notadamente na esfera jurídica, afirmou-se que a imprensa interfere indevidamente nas decisões judiciais, principalmente ao realizar julgamentos sumários e com o excesso da publicidade de atos processuais penais. Significa dizer que a mídia atualmente analisa o fato, cria a narrativa e julga previamente, sem analisar a imputação da acusação, as teses de defesa e as provas produzidas, criando no imaginário popular a “obrigação” de o juiz condenar o acusado, o que interfere na tomada de decisão.

Além disso, permitiu-se concluir que a imprensa fomentou aquilo que a doutrina chama de Direito Penal simbólico, de modo que foi constatada, por meio de decisões judiciais, uma conduta mais repressiva dos magistrados em casos de grande repercussão midiática, principalmente na decretação de prisões provisórias. Ou seja, a mídia, ao rotular o acusado, interfere em um Direito Penal cada vez mais simbólico e repressivo. Em razão disso, é razoável afirmar que houve o crescimento de uma sociedade punitivista, a qual considera o encarceramento em massa a solução mais rápida às suas vontades e às pressões da imprensa, conforme constatado em artigos científicos, doutrina e estudos realizados pelo CNJ.

O presente estudo é de extrema relevância em razão de sua proposta, inovadora no cenário brasileiro. Pensar em um modelo de responsabilização administrativa e progressiva da

comunicação social, com uma agência reguladora fiscalizando e com poder sancionador, não foi sequer cogitado após a redemocratização.

Visando minimizar os efeitos da atividade jornalística na atividade jurisdicional, mostrou-se viável a adoção de um sistema de responsabilização administrativa ante a ineficácia das consequências civis e penais nas situações de violação de direitos e garantias fundamentais. Para chegar a tal conclusão, debateu-se o limite da liberdade de expressão e a conduta da imprensa, de modo a entender pela possibilidade de aparar esse direito não absoluto quando o seu exercício violar outros direitos constitucionalmente previstos.

Entre tais direitos frequentemente violados pelos meios de comunicação, demonstraram-se as ofensas ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, ao juiz natural e à presunção de inocência. Assim, defendeu-se que a liberdade de expressão pode ser limitada diante dos prejuízos suportados, sendo que essa limitação não se refere ao conteúdo ou ao impedimento da imprensa em circular a informação, mas sim à forma como se constroem as narrativas.

Ainda que a liberdade de expressão seja um valor extremamente caro após a redemocratização, não é absoluto, tendo em vista ser possível concluir que eventual responsabilização administrativa não implica em qualquer tipo de censura, muito pelo contrário. Analisando os sistemas implantados por outros Estados democráticos, cabe afirmar que não há qualquer ofensa ou prejuízo para a democracia, mas sim benefícios, em virtude de viabilizar uma imprensa isenta e zeladora pelos direitos fundamentais. Em suma, a proposta buscou reequilibrar a balança, proteger direitos e fortalecer a democracia, haja vista a inexistência de direitos absolutos.

Embora a Constituição Federal preveja que a lei não poderá dificultar o exercício da liberdade de expressão, devendo observar alguns direitos constitucionais assegurados, o legislador não se manifestou acerca dos direitos do acusado violados pela imprensa. Realizando uma simples interpretação sistemática a *contrario sensu* do texto constitucional, é possível afirmar que o constituinte originário permitiu que o legislador restringisse a liberdade em caso de exercício abusivo, ou seja, em casos de ilicitude, de violações de direitos igualmente garantidos pela Carta Magna de 1988.

A ausência de previsão constitucional no art. 220, § 1º, configura um silêncio eloquente do constituinte, ou seja, de uma lacuna desejada, planejada pelo legislador. Ao citar expressamente direitos que devem ser observados pela lei, propositalmente não mencionou os direitos individuais do acusado, o que autoriza afirmar ser vontade do legislador a limitação da liberdade quando direitos constitucionais forem violados pela imprensa.

Claramente não se busca impedir a divulgação da informação, mas que existam consequências em caso de violação direta à Carta Magna. Não se admitem ofensas pontuais ao texto constitucional em prol de uma liberdade absoluta, visto que em nome dela surgem os abusos de direito, os quais são inaceitáveis pelo ordenamento jurídico.

Portanto, considerando os benefícios de eventual regulamentação da comunicação social, tais como isenção da informação, proteção de direitos e garantias constitucionais e consequentemente o fortalecimento da democracia, bem como equilíbrio dos magistrados na tomada de decisão, defende-se a responsabilização administrativa da mídia como o melhor caminho, tendo em vista se tratar de um serviço público concedido pelo Poder Executivo ainda sem a devida regulamentação.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e Sistema Penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro*. Disponível em: <<https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/18.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

ALCZUK, Maria Alice Dantas; MUNARETTO, Marina Avozani; CONSALTER, Zilda Mara. A revitimização midiática e o direitos ao esquecimento como ferramenta de proteção das mulheres vítimas de violência de gênero. *Revista Científica do UniRios 2022.1*. Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2022/33/a_revitimizacao_midiatica_e_o_direito_ao_esquecimento.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2023.

ALMEIDA, Andrinny. *A cultura do punitivismo e o encarceramento em massa*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/cultura-do-punitivismo-encarceramento/#:~:text=Portanto%2C%20constata%2Dse%20que%20h%C3%A1,exponencial%20de%20encarcerados%20no%20Brasil.>>. Acesso em: 26 abr. 2023.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A custosa questão carcerária brasileira e as inverdades convenientes. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19 n. 4: 2017, p. 41. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19_n4/revista19_n4_37.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. *Revista da EMERJ*, 2021. Disponível em: <<https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/article/view/493/246>>. Acesso em: 22 jul. 2023.

ARAÚJO, Douglas da Silva; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; ARAGÃO, Jônica Marques Coura. O poder de persuasão da mídia frente aos princípios e garantias do agente delituoso. *Revista Constituição e Garantia de Direitos da UFRN*. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/14791/9809/45624>>. Acesso em: 23 ago. 2023.

ARGENTINA. *Lei n. 26.522*, de 10 de janeiro de 2009 (Ley de Medios). Disponível em: <https://www.enacom.gob.ar/ley-26-522_p2709>. Acesso em: 17 jul. 2023.

AVELLAR, S. F. W. *A inconstitucionalidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/387534347/a-inconstitucionalidade-da-prisao-preventiva-para-a-garantia-da-ordem-publica>>. Acesso em: 07 mar. 2023.

BARBOSA, Aline Vieira Montenegro. *O direito penal do inimigo e a seletividade do sistema penal: dois lados da mesma moeda*. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/aline_barbosa_20171.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em: <<http://bocc.ufp.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BINDER, Alberto; NAMARADZE, Zaza. *Defesa Criminal efetiva na América Latina*. São Paulo: 2016, p. 79 [pdf]. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/09/Web_Defesa_Criminal_Efetiva_AL.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. *Código de Processo Penal de 1941*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 07 mar. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Cadastro Nacional de Presos*. p. 41. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas BNMP nacional*. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *O encarceramento tem cor, diz especialista*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/o-encarceramento-tem-cor-diz-especialista/>>. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. *Decreto n. 592*, de 6 de julho de 1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. *Decreto n. 678*, de 6 de novembro de 1992 (Pacto San José da Costa Rica). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. *Lei n. 14.344 de 24 de maio de 2022 (Lei Henry Borel)*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/114344.htm>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>> Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347*. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 130.636/PR*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347973/false>>. Acesso em: 07 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 164.493*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756048250>>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 80.719/SP*. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78493>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 658.308/SP*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101033937&dt_publicacao=18/06/2021>. Acesso em: 07 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 536.995/BA*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902956996&dt_publicacao=18/02/2021>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 59.674/SP*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601113979&dt_publicacao=20/11/2006>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n. 145.225/RO*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=145729872®istro_numero=202100978596&peticao_numero=&publicacao_data=20220322&formato=PDF>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Estudo mostra relação entre vulnerabilidade e encarceramento*. Disponível em: <<http://gmf.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5265985/9678695>>. Acesso em: 08 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo n. 1521027-57.2023.8.26.0228*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/7/05F37DA0176036_doc_51666459.pdf>. Acesso em: 14 set. 2023.

BRITO, Auriney Uchôa de. Poder da mídia: uma análise do Direito Penal na Sociedade da Informação. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2517.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2023.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de Informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, M. de. *A possibilidade de intervenção penal aos ilícitos cometidos através da imprensa*. 2015.219 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Orientador: Rodrigo Costa. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. V.1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CIDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*, sentença 21 de setembro de 2006, série C, n.15. §§. 90 e 101. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_152_esp.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023.

CIDH. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 10 set. 2023.

CIDH. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<https://revistas.ufg.br/interacao/article/download/1516/1502/7241>>. Acesso em: 10 set. 2023.

COELHO, Daniela dos Reis Seixas. *Medidas Cautelares Diversas à Prisão: O princípio da Proporcionalidade e as medidas cautelares diversas à prisão*. Disponível em: <<https://periodicos.ufam.edu.br/index.php/relem/article/download/8920/6455>>. Acesso em: 23 mar. 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica do Direitos Humanos*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista da Universidade Federal do Paraná*. Disponível em: <<https://carloscarraro.adv.br/wp-content/uploads/2019/03/Texto-Unidade-IV-SISTEMA-ACUSAT%C3%93RIO-Jacinto-Nelson-de-Miranda-Coutinho.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2023

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERNANDES, Flávio Marcelo de Azevedo Horta. *A Constitucionalidade do Fundamento “Ordem Pública” do Art. 312 do CPP – Necessidade de Observância da Cláusula de Reserva de Plenário para Afastar a Incidência, no Todo ou em Parte, do Referido Dispositivo Legal*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_161.pd>. Acesso em: 18 maio. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Daniela Assis Alves. *Tecnologia: fator determinante no advento da sociedade da informação?* Disponível em: <<https://www.periodicos.ufmg.br/index.php/pci/article/view/23455/18915>>. Acesso em: 12 out. 2022.

G1. *Grupo Globo muda política sobre cobertura de massacres*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2023/04/05/grupo-globo-muda-politica-sobre-cobertura-de-massacres.ghtml>>. Acesso em: 24 jul. 2023.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. São Paulo: Vozes, 2012, [pdf].

HOESCHL, Hugo Cesar. *Sociedade da Informação*. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/2340-2334-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Traduzido por José Lamego. Disponível em: <<https://portalconservador.com/livros/Karl-Larenz-Metodologia-da-Ciencia-do-Direito.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2023. [pdf].

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOCKE, John. *Two treatises of government* Edited by Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1690. Disponível em: <https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2638/Locke_TwoTreatises_EnhancedEdition.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2006.

MACCALÓZ, Salete Maria Polita. *O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MARCHI, N. B. *A mídia como um 4º Poder: a influência no direito processual penal*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341515/a-midia-como-um-4-poder-a-influencia-no-direito-processual-penal>>. Acesso em: 05 mar. 2023.

MARQUES, Rodolfo Silva; CONCEIÇÃO, Bruno da Silva. *A Ley de Medios na Era Macri: reversão no processo de regulação da mídia na Argentina*. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/view/31179/23355>>. Acesso em: 17 jul. 2023.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. [pdf].

NARCISO, Natália Carolina. *Sistema penitenciário e seus estigmas: o caso paulista*. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*. ed. 9, 2012. Disponível em: <<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/levs/article/view/2238/1856>>. Acesso em: 08 ago. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 [pdf].

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13. ed. São Paulo: Gen, 2016. [pdf].

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017 [pdf].

PORTUGAL. *Lei n. 2*, de 13 de janeiro de 1999 (Lei de Imprensa). Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=138&tabela=leis>. Acesso em: 14 jul. 2023.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: FERNANDES, Og (coord). *Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: RT, 2011. [pdf].

PUBLICA DIREITO. *Mídia e a influência no sistema penal*. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=fda249ac9c2f34c6>> Acesso em: 13 fev. 2023.

ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. *(Re)pensando a garantia da ordem pública como fundamento idôneo para a decretação de prisões cautelares*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5976/#:~:text=A%20pris%C3%A3o%20cautelar%20fundada%20na,de%20pessoas%20que%20pudessem%20ser>>. Acesso em: 23 jan. 2024.

SANTOS, Moisés Silva. *A influência dos órgãos da mídia nos crimes de grande repercussão social em face da presunção de inocência do acusado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23994/a-influencia-dos-orgaos-da-midia-nos-crimes-de-grande-repercussao-social-em-face-da-presuncao-de-inocencia-do-acusado>>. Acesso em: 23 ago. 2023.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Rodrigo Lima e. *Mídia e a influência no sistema penal*. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=fda249ac9c2f34c6>>. Acesso em: 03 maio. 2023.

SILVEIRA, Érico da; SANTOS, Suzy dos. Serviço público e interesse público nas comunicações. In: RAMOS, Murilo César; SANTOS, Suzy dos (Orgs.). *Políticas de comunicação: Buscas Teóricas e Práticas*. São Paulo: Paulus, 2007.

TALON, Evinis. *O Direito Penal Simbólico*. Disponível em: <<https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/538549101/o-direito-penal-simbolico#:~:text=Caracter%C3%ADsticas%20do%20Direito%20Penal%20simb%C3%B3lico,que%20sem%20os%20devidos%20debates.>>>. Acesso em: 21 mar. 2023.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Processo Penal e Execução Penal*. Salvador: JusPodvm, 2023.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

UFBA. Sobre o Observatório Brasileiro de Mídia (OBM). *Fórum Internacional: Mídia, Poder e Democracia*. Disponível em: <https://www.cult.ufba.br/e_forummpd_obm.html>. Acesso em: 13 set. 2023.

UOL. *Lei de Meios argentina é modelo, diz relator da ONU*. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/24930/lei-de-meios-argentina-e-modelo-diz-relator-da-onu>>. Acesso em: 13 set. 2023.

UOL NEWS. *Imprensa precisa repensar como noticia casos de violência, diz Milly Lacombe*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=s7TlfMz7uZ0>>. Acesso em: 24 jul. 2023.

USP. *Brasil gasta quase quatro vezes mais com sistema prisional em comparação com educação básica*. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/ciencias/brasil-gasta-quase-quatro-vezes-mais-com-sistema-prisional-em-comparacao-com-educacao-basica/>>. Acesso em: 23 mar. 2023.

VIALI, Flávia Catarina Alves; SANTOS, Lana A. P. Mídia e a influência nas decisões judiciais. *Revista Científica Semana Acadêmica da Universidade do Estado de Minas Gerais*, 2018, p. 02. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/midia-e-influencia-nas-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 24 fev. 2023.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIGNOLINI, Monia Moreira. A Imparcialidade do Juiz e o Poder da Mídia: Influência na Decretação de Prisões Cautelares. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/MoniaMoreiraVignolini.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Processo penal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2022.