



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES JUDICIAIS:
A PRESERVAÇÃO DO DIREITO NO CONTEXTO
DE UMA SOCIEDADE QUE JÁ CONDENOU

Isadora Calazans Eira

Rio de Janeiro
2017

ISADORA CALAZANS EIRA

INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES JUDICIAIS:
A PRESERVAÇÃO DO DIREITO NO CONTEXTO
DE UMA SOCIEDADE QUE JÁ CONDENOU

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES JUDICIAIS:
A PRESERVAÇÃO DO DIREITO NO CONTEXTO
DE UMA SOCIEDADE QUE JÁ CONDENOU

Isadora Calazans Eira

Graduada pela Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio de
Janeiro. Advogada.

Resumo – A relação entre a mídia e os processos criminais se apresenta cada vez mais intensa, ao ponto de se instaurar um conflito entre a liberdade de expressão e as garantias do acusado. A essência do trabalho é abordar as situações em que esse conflito se mostra flagrante e apontar meios para a necessária ponderação entre os direitos fundamentais, a fim de que, em última análise, o ordenamento como um todo seja preservado.

Palavras-chave – Mídia. Decisões judiciais. Garantias processuais. Liberdade de expressão. Liberdade de imprensa.

Sumário – Introdução. 1. Princípios e garantias do processo penal: o valor de sua observância no estado democrático de direito e como ocorrem as violações pela mídia. 2. Das liberdades de expressão, de informação e de imprensa: o trauma da censura e o *boom* da internet na contramão do direito. 3. Criminologia midiática: meios ocultos de manipulação de massa e a compatibilização da livre expressão com as garantias individuais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é refletir sobre o papel que a imprensa exerce na aplicação do direito hodiernamente e debater a necessidade de limitações à sua atuação, mais precisamente no que tange aos processos criminais.

O cenário no qual o Direito Penal encontra-se imerso na atualidade, sem dúvidas, é marcado pelo medo e pela insegurança da população, dada a crescente ocorrência de crimes que chocam a sociedade como um todo. A consequência é o nascimento de uma sede por justiça e o despertar de instintos e sentimentos mais primórdios do homem.

Atrelado a isto, vê-se um aumento exponencial do interesse dos meios de comunicação pelos fatos que tangenciam a lei. A mídia devassa a vida daqueles que toma como personagens: acusado, magistrado, delegado, promotor, advogado. Tal conduta torna vulneráveis aqueles que são essenciais à justiça e que – importante notar – ainda são seres humanos. Manobra-se a opinião pública quase que retirando-lhes a independência de atuação. Como admitir que o

convencimento motivado é de fato livre no contexto de uma sociedade que clama por vingança? Em quais migalhas se reduz a presunção de inocência?

Não são poucos os casos concretos que evidenciam como a mídia é capaz de necrosar vidas. O mais famoso deles é o da Escola Base, já um tanto esquecido devido à passagem do tempo. O que se verifica neles é que, no máximo, os lesionados são compensados em danos morais com uma indenização estéril.

A presente pesquisa científica discute os limites da invasão da imprensa nos processos criminais. Procura-se demonstrar que a criminologia midiática tem impacto significativo sobre a liberdade do magistrado ao decidir. Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os principais direitos e garantias processuais violados. Pretende-se mostrar, ainda, a imensa dificuldade existente em se cogitar de limites à atuação da imprensa. Isto porque a ditadura militar deixou no país feridas mal cicatrizadas, que não permitem esquecer o quão desumana era a censura. O resultado foi a ida de um extremo ao outro. Saiu-se do que tudo se cala para o que nada se pode calar. E não há democracia que sobreviva à ausência de equilíbrio.

A compatibilização das garantias processuais com a liberdade de imprensa e de expressão é problemática e necessita urgentemente ser debatida e solucionada, sob pena de decisões subversivas se multiplicarem em prol de um direito penal da vingança.

No primeiro capítulo, pretende-se discorrer sobre as garantias processuais e alertar sobre a importância de cada uma delas para o Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo, procura-se compreender, por meio de uma abordagem histórica, como a liberdade de imprensa chegou ao que é hoje, e como o fantasma da censura assombra qualquer sugestão de contornos à operação midiática.

No terceiro capítulo, demonstra-se como os meios de comunicação podem influenciar nas decisões do processo penal. Analisa-se a vulnerabilidade do magistrado frente às pressões externas enquanto seres humanos passíveis de erro.

Tratando dos procedimentos metodológicos, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, de modo que a pesquisadora trará proposições – algumas baseadas em casos reais –, para analisá-las comprovando argumentativamente a sua tese.

O objeto será abordado de forma qualitativa. A pesquisadora pretende valer-se da bibliografia pertinente à temática (legislação, doutrina e jurisprudência), com enfoque na análise de casos concretos.

1. PRINCÍPIOS E GARANTIAS DO PROCESSO PENAL: O VALOR DE SUA OBSERVÂNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E COMO OCORREM AS VIOLAÇÕES PELA MÍDIA

Os princípios constitucionais, mais do que ideais de justiça ou letras positivadas, são normas-chave do ordenamento jurídico. E quando fundamentais, ocupam o topo da escala normativa.¹ Os princípios são, portanto, os alicerces do sistema, definem sua racionalidade e servem como norte para sua compreensão.² São os princípios que informam o conteúdo das normas de acordo com os valores básicos da sociedade e as tornam harmônicas.

A positivação dos princípios fez surgir gradativamente os direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira – para alguns, até de quarta – gerações. Os direitos fundamentais são “um núcleo mínimo de direitos necessários, essenciais e fundamentais para o desenvolvimento do homem”³ e funcionam ao lado das garantias constitucionais – mecanismos de defesa dos direitos fundamentais. Estes, apesar de terem surgido há muito, têm íntima relação com a manutenção de um estado democrático. A princípio, pode-se entender que há um conflito entre os direitos fundamentais e a democracia, posto que eles limitam o poder do próprio povo. Entretanto, conforme salienta Robert Alexy⁴, os direitos fundamentais têm como uma de suas características a de serem contramajoritários. Neste sentido, transferindo tal pensamento para a temática abordada neste trabalho, tem-se que a despeito de todo o povo clamar pela punição severa de um indivíduo, este indivíduo poderá, sozinho, opor àquele o seu direito fundamental.

Passando à análise dos princípios mais relevantes ao tema, insta destacar o princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da CRFB/88. Nas palavras de Frederico

¹ PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos do Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986, p. 230.

³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45

⁴ ALEXY apud MORAIS, Dalton Santos. *Democracia e direitos fundamentais: propostas para um jurisdição constitucional democrática*. p. 2. Disponível em <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjWgNrG87zRAhWEhJAKHdgnCFsQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Fi>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Marques⁵, alude às “formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu”. É, portanto, princípio do qual decorrem um sem número de garantias processuais, entre as quais a vedação à prova ilícita, o juiz natural, a publicidade, e a duração razoável do processo. Desrespeitado o devido processo legal, viola-se, em última análise, o próprio princípio da legalidade, e abre-se porta para que as decisões judiciais tenham sua formação viciada.

É possível exemplificar tal violação quando programas televisivos produzem e divulgam provas à margem das regras atinentes à sua correta produção. É muito comum deparar-se com matérias que criam circunstâncias a fim de gerar um flagrante, que seria preparado, violador do devido processo legal e, portanto, inadmissível, conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal.⁶

Outro princípio, fundamento do Estado Democrático de Direito, é o da dignidade da pessoa humana, positivado no artigo 1º, III, da CRFB/88. Guilherme de Souza Nucci⁷ salienta que a dignidade possui dois aspectos. O primeiro deles, objetivo, é o que garante o mínimo existencial ao ser humano, atendendo às suas necessidades básicas. O segundo, subjetivo, é o que protege o sentimento próprio de respeitabilidade e autoestima. A dignidade tem uma série de repercussões no âmbito processual penal e marcou a transição do sistema inquisitivo para o acusatório. Isso porque, em linhas gerais, o sistema inquisitivo caracterizava-se pela objetificação do réu; enquanto o sistema acusatório passou a enxergar o réu como sujeito do processo, podendo produzir provas em paridade de armas com a acusação, que são avaliadas pelo juiz de acordo com o livre convencimento motivado – o que, por certo, prestigia a dignidade do réu.

Nesse diapasão, a dignidade é o princípio mais facilmente violado quando se trata de casos de grande apelo midiático. Isso porque há um verdadeiro julgamento antecipado do acusado, muitas vezes sem lhe dar direito à manifestação contrária, já considerando-o culpado, o que pode ter uma série de repercussões na vida pessoal do indivíduo. Não é raro ver pessoas publicamente acusadas que perdem o emprego, são abandonadas pelo cônjuge, ganham a repulsa

⁵ MARQUES apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011, p. 432.

⁶ BRASIL, Súmula 145 do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 04 abr 2017.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33.

dos vizinhos. Por vezes, as consequências são até mais graves, alcançando níveis de depressão, entre outras doenças. Ilustrando esta hipótese, é viável citar o emblemático caso da Escola Base⁸, em que um casal foi injustamente estereotipado pela mídia como abusador de crianças e viu sua vida ser completamente destruída.

Relevantes também são o contraditório e a ampla defesa, positivados no artigo 5º, LV, da CRFB/88. O contraditório é a resistência à acusação, é o que faz a dialética do processo por contrapor duas teses.⁹ A ampla defesa, por sua vez, divide-se em autodefesa e defesa técnica. Como bem salienta Nicolitt¹⁰, o uso do termo “ampla” tem uma razão. Só é ampla a defesa porque reúne ambos os aspectos. Gilmar Mendes¹¹, citando precedente da Corte Constitucional Alemã, assinala que a ampla defesa é uma pretensão à tutela jurídica que vai além da manifestação e informação. Caracteriza-se, em verdade, pelo direito de ver seus argumentos analisados com isenção de ânimo pelo órgão julgador.

No âmbito da exploração midiática dos processos criminais, há flagrante violação ao contraditório e ampla defesa, visto que, em geral, mostra-se somente o lado da acusação. E quando é dada a palavra ao acusado, por certo, é para confronta-lo, coloca-lo em situação embaraçosa, muitas vezes sem a presença do advogado, o que contamina a suposta concessão de contraditório. Ademais, a edição das entrevistas e a linguagem utilizada pelos apresentadores, em geral, já denotam a escolha de um lado, quase sempre acusador. E com tanto material produzido e insistentemente reproduzido pela imprensa, torna-se quase impossível existir efetiva paridade de armas.

O princípio da proporcionalidade-razoabilidade, para alguns princípio fundamental não escrito¹², é o que impede soluções jurídicas tendentes ao absurdo, induz a uma interpretação aceitável da norma que vise concretizar um direito fundamental.¹³ Este princípio é o que faz com que o direito penal seja subsidiário e fragmentário. Como o processo penal instrumentaliza o

⁸ CHEIDA, Marcel J. O caso Escola Base: 20 anos de uma história e de um jornalismo trágicos. *Jornal da PUC-Campinas*. São Paulo, n. 158, dez 2014. Disponível em < <http://jornal.puc-campinas.edu.br/o-caso-escola-base-2/> >. Acesso em: 01 jun 2017.

⁹ NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014, p. 128

¹⁰ *Ibid*, p. 129.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 499.

¹² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, op. cit., p. 64.

¹³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 72.

direito penal, o mesmo a ele se aplica, de modo que somente deve ser deflagrada a ação penal ou imposta uma medida constritiva quando se mostrar proporcional, tendo por base os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

É neste ponto que repousa o impedimento ao uso abusivo de prisões cautelares, ao uso de provas ilícitas e à exposição excessiva das partes do processo, entre outras condutas voltadas ao combate da criminalidade a qualquer custo. Neste ponto reside, ainda, a obrigação do Estado de proteger de forma suficiente o indivíduo acusado dos ataques sociais, dentre os quais pode-se enquadrar aquele perpetrado pela imprensa.

Urge evidenciar, ainda, as garantias de motivação das decisões, imparcialidade do juiz e livre convencimento motivado. As decisões judiciais devem ser motivadas, de acordo com o previsto no artigo 93, IX, CRFB/88 e a motivação deve cingir-se ao que consta nos autos do processo. Vê-se, portanto, que ela está intimamente ligada a outro princípio: o do livre convencimento motivado, previsto no artigo 155 do CPP, segundo o qual o juiz é livre para apreciar as provas e decidir.

Nas palavras de Tourinho Filho¹⁴, “o que não estiver dentro no processo é como se não existisse. E, nesse caso, o processo é o mundo para o Juiz”. No que concerne à imparcialidade, tem-se que o juiz imparcial é aquele que tem independência, ou seja, segurança para decidir conforme sua convicção e sem pressões externas. No dizer de Paulo Rangel¹⁵, “a imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada”. Neste sentido, é imprescindível munir o magistrado de garantias contra os abusos na publicidade dos processos. Não se pode ignorar que o magistrado, embora treinado à imparcialidade, ainda é ser humano e, involuntariamente, absorve notícias que chegam – a todo instante – aos seus sentidos.

A privacidade, no dizer de um juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1873, é o direito de estar só (*right to be alone*)¹⁶. A privacidade *lato sensu* engloba a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, todas protegidas pelo artigo 5º, X, CRFB/88. Sem adentrar em maiores minúcias, importa para o tema que a inviolabilidade da privacidade é o que limita o direito à informação sobre os indivíduos.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. V. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/11. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67

¹⁵ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20.

¹⁶ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 208

Neste ponto, mais precisamente no que tange ao processo penal, o juiz tem o poder de tomar as providências necessárias à preservação da privacidade do acusado, conforme leciona o artigo 201, §6º do CPP. Todavia, nem sempre as determinações do magistrado nos autos do processo penal, como a decretação de segredo de justiça, são suficientes para salvaguardar a referida inviolabilidade, tornando-se imperiosa a adoção de outros mecanismos voltados à efetiva limitação da atuação midiática.

Por fim, e não menos importante, o princípio da presunção de inocência, considerado verdadeiro “pressuposto da condição humana”¹⁷. A existência desse princípio se dá, sobretudo, porque é suportável que alguém que cometeu crime saia impune, mas inadmissível que alguém inocente seja injustamente condenado. Alguns doutrinadores como Paulo Rangel¹⁸ diferenciam o princípio da presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade. Independente da vertente adotada, é certo que o princípio traz consigo algumas regras de tratamento. No sentido que interessa ao presente trabalho, Aury Lopes¹⁹ salienta entre elas a necessidade de limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado. Vê-se, portanto, que o princípio da presunção de inocência tem também incidência extra-autos, de modo que não pode a mídia tratar o acusado como se culpado fosse até que seja definitivamente condenado.

2. DAS LIBERDADES DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA: O TRAUMA DA CENSURA E O *BOOM* DA INTERNET NA CONTRAMÃO DO DIREITO

A liberdade de expressão tem sua origem ligada aos movimentos pela liberdade religiosa que se alargaram na época do Iluminismo. Simone Schreiber²⁰, em obra sobre o tema, abordou as

¹⁷ CARVALHO, Amilton B. de apud LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 184.

¹⁸ O desembargador aponta que não existe presunção de inocência porque toda vez que o juiz profere sentença condenatória ele está a presumir a culpa – presunção esta relativa, que pode ser afastada em grau de recurso. A presunção de inocência somente existiria em uma sentença absolutória. E mais: nas palavras do mencionado desembargador, “o que a Constituição veda é *considerar* culpado e não presumir”. RANGEL, Paulo, op. cit., p. 25.

¹⁹ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 188

²⁰ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva dos julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 50-55.

diferentes concepções de liberdade de expressão. Uma delas é a concepção instrumental ou democrática, segundo a qual a liberdade de expressão existe para o bem da sociedade e da democracia. Na prática, entretanto, o que se observa é uma omissão por parte do Estado na regulamentação da atividade midiática, de modo que são as grandes empresas de comunicação que decidem o que deve ou não ser dito, e com um único interesse: o mercado. Nada mais antidemocrático. Neste cenário, a existência de uma restrição à mencionada liberdade mostra-se favorável não só ao indivíduo, mas à sociedade como um todo.

Ademais, se, na concepção democrática, a liberdade de expressão existe para garantir a democracia, é plenamente possível pensar em sua restrição em prol do bom funcionamento das instituições democráticas, entre elas o Judiciário. Isso porque quando não há limites para a exposição midiática de um determinado caso, por certo também não há uma atuação incólume da polícia, do Ministério Público e do Judiciário, que se vêem pressionados a atender o clamor social.

Outra concepção trazida pela mencionada autora é a chamada constitutiva ou não funcional, segundo a qual a liberdade de expressão serve à auto-realização do homem. Neste sentido, seria direito do indivíduo se expressar, ainda que suas ideias fomentem o ódio. Isso porque não se deve avaliar o conteúdo do que se fala ou a intenção de quem fala. Entretanto, mesmo nesta perspectiva, a liberdade não é ilimitada, e pode sofrer restrição frente a outros direitos igualmente relevantes pelo método da ponderação.

Convém ressaltar neste tópico a diferença entre liberdade de expressão e liberdade de informação. Costuma-se dizer que a informação tem um compromisso com a verdade, imparcialidade e objetividade. Isto, aliás, está previsto no Código de Ética Jornalística.²¹ Já a liberdade de expressão remete a um juízo de valor. Apesar disso, alguns doutrinadores como o Ministro Luis Roberto Barroso²², alertam sobre a impossibilidade de se divulgar uma informação totalmente isenta de impressões pessoais daquele que a emite. O autor sugere, então, que a distinção esteja no fato de que a informação não pode carecer de verdade, ainda que subjetiva.

²¹ BRASIL. Art. 2º, II do Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros: “a produção e a divulgação da informação devem ser pautadas pela veracidade dos fatos e ter por finalidade o interesse público”. Disponível em: <http://fenaj.org.br/wp-content/uploads/2014/06/04-codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf>. Acessado em 10 fev 2017.

²² BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, V. 235, p. 18, jan-mar. 2004.

Por fim, há que se falar da liberdade de imprensa, cuja distinção repousaria no fato de ser vinculada à comunicação de massa e possuir uma dimensão coletiva.

No Brasil, a liberdade de expressão é assegurada pela CRFB/88²³ em suas diferentes vertentes. A constituição também deixa explícita a vedação à censura. No dizer de Paulo Gustavo Gonet, a censura é uma “ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo da mensagem. Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal.”²⁴ A preocupação do constituinte em fazer tal menção se justifica pelo momento de transição democrática em que a constituição foi formulada e o histórico do país, que durante a ditadura militar perseguiu e torturou todos aqueles que se manifestavam contra o regime.

É preciso atentar, porém, para o fato de que a vedação à censura não significa que o direito fundamental à liberdade de expressão é absoluto ou não encontra limites. O próprio artigo 220, §1º da CRFB/88, ao prever a liberdade de informação, determina que seu exercício respeite o artigo 5º, X, CRFB, que, por sua vez, assegura reverência à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Desta forma, a vedação à censura visa impedir limitações indevidas ao exercício das liberdades, mas nada impede que haja restrições que assegurem o exercício correto do mencionado direito, ou seja, que o conteúdo do direito não seja ampliado a ponto de prejudicar o restante do texto constitucional.

Portanto, no contexto do presente artigo, independente de um fato criminoso interessar à sociedade, não se pode dizer o mesmo da vida privada de seu possível autor. Desta forma, mostra-se indevida e invasiva a conduta da imprensa de divulgar fotos de momentos pessoais do acusado que nada têm a ver com o fato criminoso a ele imputado ou fazer entrevistas com vizinhos para perguntar como é a rotina do acusado. Confunde-se, em verdade, a informação com uma fofoca, a qual em momento algum a constituição se propôs a privilegiar.

E mais: não só os valores ressaltados no artigo 220, da CRFB/88 são aptos a limitar a liberdade de expressão. Todo e qualquer valor garantido pela constituição deve ser sopesado a fim de que se possa extrair no caso concreto qual deles deve prevalecer. Neste sentido é que os chamados *hate speech*, discursos de intolerância contra grupos motivados por preconceitos, não

²³ BRASIL. Constituição Federal. Arts. 5º, incisos IV e XIV, e 220. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 265.

possuem proteção constitucional, conforme já manifestou o Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger.²⁵

Não se pode, portanto, sob o pretexto de exercer a liberdade de expressão, fomentar o ódio e promover a segregação social de determinado grupo. E a despeito de, em geral, o *hate speech* estar ligado a preconceito de etnia, religião, gênero e orientação sexual, é possível enxergar o crescimento de um discurso de ódio contra aqueles que cometem crimes: a antiga máxima do “bandido bom é bandido morto”. O comportamento criminoso, por certo, é reprovável e não se pretende coibir manifestações contrárias ao crime. Entretanto, a busca pela punição não pode se aproximar de uma busca pela vingança, sob pena retornar-se ao tempo em que a justiça era feita pelas próprias mãos.

Há cerca de uma década todas as opiniões ou informações veiculadas vêm ganhando uma dimensão maior. Isso porque nesse meio tempo houve o crescimento de uma ferramenta muito importante para a propagação de conteúdos: a internet. Em pesquisa do IBGE²⁶ datada de 2015, chegou-se à conclusão de que 57,8% dos brasileiros têm acesso à internet, e o número só vem crescendo nos últimos anos. Isso torna ainda mais imperioso o cuidado com o que se fala porque o que se fala, se propala.

Como ressalta Ruy Martins Silva²⁷, outros setores da atividade social como telefonia e energia possuem regulamentação, o que falta, porém, ao setor de comunicação. A existência de uma legislação escassa e obsoleta, a exemplo do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), associada à concentração do serviço nas mãos de poucas empresas, propicia o exercício tortuoso da liberdade de expressão e acaba por dificultar a construção de diferentes opiniões.

²⁵ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, V. 1, n. 4, p. 55, out. 2006.

²⁶ PENNAFORT, Roberta. *Número de domicílios com internet cresce 20% no Brasil em dois anos*. O Estado de São Paulo, São Paulo, dez 2016. Disponível em <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,numero-de-domicilios-com-internet-cresce-20-por-cento-no-brasil-em-dois-anos,10000096024>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

²⁷ SILVA, Ruy Martins Altenfelder. A comunicação e o Estado Democrático de Direito. *Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro, n. 160, p. 66, dez. 2013.

3. CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA: MEIOS OCULTOS DE MANIPULAÇÃO DE MASSA E A COMPATIBILIZAÇÃO DA LIVRE EXPRESSÃO COM AS GARANTIAS INDIVIDUAIS

É certo que jornalistas e, em última análise, as empresas de comunicação, se mostram a cada notícia mais cuidadosos, procurando não transmitir de forma tão explícita qual a versão da história adotam. Entretanto, há diversas formas ocultas de se construir uma opinião pública. O magistrado Carlos Alberto Etcheverry²⁸, em artigo sobre o tema, faz emergir a obra de John B. Thompson e traz exemplos de como uma opinião pode ser construída na sociedade através da mídia. No âmbito político, a simples escolha acerca da divulgação ou não de uma pesquisa de intenção de voto a depender de seu resultado é o fomento imperceptível de um candidato. O uso de adjetivos iguais para designar duas pessoas é uma forma de aproxima-las. O mesmo pode ser feito para marginalizar. Neste ponto, mais precisamente sobre réus criminais, é muito comum o uso de palavras pejorativas com o fito de encaixar o réu em um estereótipo de quem deve ser expurgado do convívio social. Com os recursos explanados, as opiniões são travestidas de fatos e induzem o telespectador que, a priori, deveria estar sendo apenas cientificado de fatos para formar, por si, a própria opinião.

É possível ilustrar o mencionado quadro com o caso do chamado estupro coletivo ocorrido em 2016 em uma favela da Praça Seca, no Rio de Janeiro. Tão logo surgiu a primeira notícia a respeito, os meios de radiofusão, bem como as redes sociais foram tomadas por uma imensa comoção. Por óbvio, não se questiona aqui que o estupro é um crime bárbaro e deve ser combatido, como toda e qualquer herança de uma sociedade machista. O que se questiona é a narração emocionada e parcial que impede a construção da opinião pelo leitor, visto que este apenas absorve uma opinião já construída.²⁹ De início, houve apenas a divulgação de um vídeo

²⁸ ETCHEVERRY, Carlos Alberto. *A globalização e controle de opinião pública*. AJURIS, Porto Alegre, V. 30, n. 92, out 2003, p. 11.

²⁹ É o que se observa na transcrição do trecho de uma matéria jornalística veiculada no jornal O Globo online sobre o fato. Trata-se de uma entrevista com a vítima que mais se assemelha à narração de um conto: “Com o corpo trêmulo, ela anda amparada. A mãe procura acalmá-la. Em vão. Agitada, aparentemente sem conseguir controlar os braços, ela tenta o tempo todo se desvencilhar, como se quisesse fugir de tudo. De todos. Num lapso, se solta por um minuto e desaba no chão, com olhos sem esperança, em choque. (...) A menina sem nome, que só tem o anonimato exigido por lei a protegê-la, foi estuprada por mais de 30 homens, numa favela da Praça Seca.” BACELAR, Carina; RAMALHO, Guilherme; ROCHA, Carla. *Adolescente luta para superar trauma de estupro coletivo na Praça Seca*.

em que a vítima aparece nua e desacordada, enquanto vários homens à sua volta vangloriam-se de terem praticado atos sexuais com aquela.

A impressão primeira e mais natural é de que a mulher fora vítima de estupro. Mas não se pode ignorar a possibilidade de que ela tivesse praticado ato sexual consentido e depois adormecido, momento no qual fora gravado o vídeo. Nesta situação hipotética poderia haver um crime outro que não um estupro. Ou mesmo poderia não haver crime algum. Daí porque é tão importante o contraditório e o devido processo legal, a fim de que todas as questões sejam esclarecidas e que se chegue à verdade dos fatos. Posteriormente, os envolvidos foram indiciados e denunciados, não tendo ainda havido sentença, mas certo é que independente do que se extrair no processo, os réus já estão condenados pela toga mais pesada que existe: a social.

Outro exemplo contemporâneo é o do goleiro Bruno, acusado de sequestrar e matar sua ex-namorada. Evidencia-se nele como a mídia sequer concede aos réus o direito ao esquecimento. O acusado permaneceu preso preventivamente por 7 anos aguardando julgamento definitivo e conseguiu ordem de *habeas corpus* para terminar de aguardar o processo fora da prisão, tendo sido posto em liberdade provisória e voltado a realizar seu ofício de goleiro em um clube pequeno do interior de Minas Gerais. Não satisfeita, a mídia tratou de rememorar o caso e explicar o quão absurdo seria um réu criminal estar trabalhando como goleiro³⁰. O resultado da exposição exacerbada foi o abandono de quase todos os patrocinadores do clube, por medo de verem suas imagens vinculadas a de um bandido. Que outra coisa melhor Bruno poderia fazer que não voltar ao seu trabalho? Certamente, para os punitivistas, algum trabalho braçal já naturalmente marginalizado pela sociedade. Que tipo de ressocialização é essa pretendida pelo ordenamento que impede que uma pessoa – nota-se, sobre a qual ainda paira a presunção de inocência – volte ao convívio social depois de tantos anos, trabalhando com o que sempre soubera fazer? Reprise-se: a mídia não confere aos réus e condenados o direito ao esquecimento. Salvo a uns poucos privilegiados, em geral praticantes de crimes do colarinho branco, para os quais o interesse econômico impende olvidar.

O Globo, mai 2016. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/rio/adolescente-luta-para-superar-trauma-de-estupro-coletivo-na-praca-seca-19383700> >. Acesso em: 25 jan. 2017.

³⁰ AMARAL, Paulo. *Cogitar volta de Bruno ao futebol beira o absurdo*. Blog Só Esportes R7, fev. 2017. Disponível em: < <http://esportes.r7.com/blogs/r7-so-esportes/cogitar-volta-do-goleiro-bruno-ao-futebol-beira-o-absurdo/2017/02/24/> >. Acesso em: 18 abr. 2017.

Christian Pfeiffer³¹, em investigação realizada no início dos anos 2000 pelo Instituto de Pesquisa Criminológica de Niedersachsen, na Alemanha, chegou à conclusão que, embora o número de delitos tenha diminuído no país, os anseios da população e a média das prisões cresceram exponencialmente. E tal crescimento estava diretamente ligado à atuação sensacionalista dos programas de TV e jornais. O autor menciona outra pesquisa realizada no mesmo país na qual se observou que o número de programas televisivos cujo foco é o tema da criminalidade cresceu 10 vezes em 18 anos. E mais: há uma relação nítida entre as horas que a pessoa passa assistindo TV e o tamanho da distorção que ela faz sobre o fenômeno criminal.³²

No Brasil não é diferente. Apesar de a realidade social ser um tanto díspare, é notório que a grade de programação dos canais televisivos dedica muitas horas a telejornais que limitam-se a esmiuçar os detalhes de crimes ocorridos no dia-a-dia do país. Não raro é deparar-se com verdadeiros discursos de ódio como o feito pela jornalista Rachel Sheherazade, que rendeu uma ação civil pública contra a emissora que o veiculou, no episódio dos “justiceiros do Flamengo”, no qual um grupo de pessoas amarrou um menor infrator nu no poste e o espancou.

A mencionada jornalista incitou, em horário nobre de um canal aberto, a população a promover a vingança pelas próprias mãos, afirmando tratar-se de legítima defesa coletiva e terminou aconselhando que aqueles que fossem defensores dos direitos humanos poderiam iniciar a campanha “adote um bandido”.³³

José Roberto Franco Xavier³⁴, em pesquisa para tese de doutorado, buscou entender como funciona a relação entre a opinião pública e as decisões judiciais penais. Segundo o autor, apenas afirmar que existe uma influência é simplório demais. Ressalta que a mídia faz um pré-julgamento porque o seu tempo é incompatível com o do processo penal, que leva anos para chegar a uma conclusão.

Destaca que as decisões do sistema criminal resultam de um processo interno e não de forma direta do estímulo externo da opinião pública. Isso porque promotores e magistrados, ainda que influenciados, são dotados de independência funcional que não pode ser menosprezada.

³¹ PFEIFFER, Christian. A demonização do mal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2005, V. 13, n. 52, artigo 9, p. 277.

³² *Ibid*, p. 281.

³³ Rachel Sheherazade no telejornal SBT Brasil veiculado na televisão em 04 fev 2014. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=unVIpQHLDwE> >. Acesso em: 02 out. 2014.

³⁴ XAVIER, José Roberto Franco. A opinião Pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 23, V. 112, jan-fev/2015, p. 151

Neste sentido, o autor descobriu quais são os argumentos jurídicos mais utilizados para atender ao clamor punitivo e conferir ao réu um tratamento mais gravoso. São eles: violação à ordem pública, culpabilidade (reprovabilidade social da conduta), consequências do crime, efeito pedagógico da pena e legitimidade da justiça penal.³⁵

É certo que há influência do clamor social punitivo sobre os juristas e há subterfúgios para estes, sob uma pretensa legitimidade, atenderem àquela. Mas como evitar esse movimento? É possível de alguma forma obstar esse comportamento da mídia e afastar sua autoridade sobre as decisões judiciais? Simone Schreiber³⁶ conclui sua tese de doutorado trazendo uma série de sugestões como resposta a essa pergunta, entre elas: desaforamento, vedação à introdução de provas produzidas pela mídia no processo, ampliação do direito de resposta, restrição da publicidade do julgamento, imposição de punições posteriores à publicação, proibição de divulgação de provas ilícitas e proibição temporária de veiculação de notícias sobre o julgamento. O desaforamento é insuficiente diante de casos de repercussão nacional.

A ampliação ao direito de resposta também se mostra muitas vezes insatisfatória, posto que acontece quando a opinião pública já foi formada e, por certo, muda-la demanda muito mais esforço do que forma-la. Ademais, a própria indenização por danos morais causados ao réu pode ser irrisória diante de um julgamento penal degradado pela pressão social.

A este trabalho, parecem realmente efetivas apenas as medidas mais drásticas trazidas pela autora, quais sejam: criminalização da publicidade opressiva e concessão de liminar para proibir a divulgação de notícias sobre o julgamento até a sua conclusão. A despeito de, ao longo dos anos, a criação de novos crimes ou agravamento de suas penas não ter se mostrado medida apta a obstar comportamentos indesejados, neste cenário parece ser uma boa alternativa. Mais do que criminalizar, o que se verifica ser necessária é a criação de uma lei que regulamente a atividade midiática, estabelecendo limites e punições ao desrespeito destes. E mais: punições pecuniárias altas, a fim de atingir justamente o objetivo pretendido pelas empresas com a publicidade opressiva – o lucro. Por óbvio, a pretendida lei deveria ser cunhada em pormenores, a fim de que a restrição ao direito fundamental à liberdade de expressão fosse feita de forma constitucional. Mas sua necessidade é premente.

³⁵ Ibid, p. 157

³⁶ SCHREIBER, Simone, op. cit., p. 385.

Como o legislativo muitas vezes atende às demandas democráticas a destempo – e é o que se verifica no presente caso –, ganha relevo mais uma vez a atividade jurisdicional, que no exercício da função contramajoritária é instada a resolver incompletudes e assegurar direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, cumpre ao judiciário agir para resguardar lesões aos direitos fundamentais dos réus criminais. E uma das formas de fazê-lo é concedendo ordem para proibir a publicidade excessiva dos processos, atendendo ao princípio da proporcionalidade. E não há que se falar aqui em exercício de censura, posto que ela não impede a atuação jurisdicional para proteção de direitos outros.

CONCLUSÃO

A cultura do medo cultivada pela mídia faz nascer uma sede por justiça. E a despeito de se encontrar na doutrina aqueles que entendem ser a justiça o objetivo que o direito pretende realizar, o conceito de justiça é extremamente subjetivo, podendo ser alcançado por mais de dez caminhos distintos, alguns deles, inclusive, contrários à aplicação da lei – quando esta é considerada injusta. Fato é que muitas vezes ocorrem situações em que se clama por uma justiça que mais se assemelha à vingança e, definitivamente, o papel do Direito Penal não é vingar, já passou-se há muito dos tempos de Talião.

Entretanto, o problema maior não está propriamente em se querer uma vingança. Pode-se dizer, até, que este é um desejo inerente ao ser humano. A questão se torna crítica quando este desejo passa a influenciar na aplicação do direito, já que esta deve ser imparcial. Essa influência ocorre, sobretudo, nas omissões e tenuidades da lei e da teoria penal. A ânsia de se fulminar regras e princípios a fim de se alcançar o objetivo implacavelmente pretendido é fomentado por discursos punitivistas propagados incessantemente pelos meios de comunicação, à margem de uma desapaixonada ética jornalística que deveria embasar notícias meramente informativas e sem tons condenatórios.

Na verdade, transforma-se fatos reais em uma verdadeira novela, na qual há um vilão e a sociedade inteira é a vítima. Trata-se de discurso de ódio institucionalizado, que toma proporções inimagináveis com o advento das plataformas digitais, que permitem a replicação

infinita do que se diz, quase como se a fala fosse um permanente.

É preciso esclarecer que de forma alguma aqui se pretende defender a censura. O que se visa criticar é o uso desmedido de um direito fundamental a ponto de violar o de outrem, bem como a afetação da atuação dos juristas promovida pelos mencionados discursos. É necessário que aqueles que estudaram o Direito e hoje estão investidos em funções importantes à sua aplicação não se deixem influenciar por fatores externos dessa forma. No atual momento brasileiro, uma forma de se evitar tamanha comoção seria revestir os magistrados de maiores garantias, para que se sentissem seguros de decidir segundo o direito e não segundo o clamor social.

Embora haja inúmeras manifestações críticas de importantes estudiosos acerca do tema, as decisões subversivas continuam a se multiplicar, algo cujo desfecho pode se mostrar tão ou mais perigoso que a criminalidade que a sociedade visa exterminar.

REFERÊNCIAS

ALEXY apud MORAIS, Dalton Santos. *Democracia e direitos fundamentais: propostas para um jurisdição constitucional democrática*. p. 2. Disponível em <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjWgNrG87zRAhWEhJAKHdgnCFsQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Fi>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direito da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, V. 235, p. 18, jan-mar. 2004.

BRASIL, Súmula 145 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 04 abr 2017.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

- ETCHEVERRY, Carlos Alberto. *A globalização e controle de opinião pública*. AJURIS, Porto Alegre, V. 30, n. 92, out 2003, p. 11.
- LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARQUES apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos do Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1986.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79
- PFEIFFER, Christian. *A demonização do mal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2005, V. 13, n. 52, artigo 9, p. 277-281.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, V. 1, n. 4, p. 55, out. 2006.
- SILVA, Ruy Martins Altenfelder. *A comunicação e o Estado Democrático de Direito*. *Justiça e Cidadania*. Rio de Janeiro, n. 160, p. 66, dez. 2013.
- SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva dos julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2015.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. V. 1. 34. ed. rev. e de acordo com a Lei 12.403/11. São Paulo: Saraiva, 2012.
- XAVIER, José Roberto Franco. *A opinião Pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 23, V. 112, p. 151, jan-fev/2015.