



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Direito e mídia: o problema do justo no processo judicial

Patrícia Pires de Freitas

Rio de Janeiro
2014

PATRÍCIA PIRES DE FREITAS

Direito e mídia: o problema do justo no processo judicial

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós Graduação *lato sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadores:

Prof^a. Mônica Areal

Prof^a. Néli Luiza C. Fetzner

Prof. Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2014

DIREITO E MÍDIA: O PROBLEMA DO JUSTO NO PROCESSO PENAL

Patrícia Pires de Freitas
Graduada pela Faculdade de Direito
IBMEC. Advogada.

Resumo: Conceito abrangente de opinião pública e como esta é formada. Debate sobre a liberdade de expressão e informação *versus* proteção da personalidade jurídica e o princípio da presunção de inocência. Contaminação efetiva ou não do processo judicial pela pressão externa da opinião pública. Capacidade do juiz continuar imparcial ao analisar um processo enquanto recebe diversas informações externas aos autos sobre o mesmo crime.

Palavra chave: Opinião pública. Princípio da liberdade de expressão *versus* princípio da personalidade jurídica e da presunção e inocência. Contaminação dos julgamentos.

Sumário: Introdução. 1. Direitos em conflito. 1.1. Direito a liberdade de expressão e imprensa. 1.2. Direito a privacidade. 1.3. Princípio da presunção de inocência. 1.4. Ronald Dworkin *versus* Robert Alexy. 1.5. Técnica da Ponderação. 2. Opinião Pública. 3. O juiz e o princípio da imparcialidade. 4. Julgamentos justos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho será abordada uma das problemáticas envolvendo o direito e a mídia que vem crescendo na modernidade diante do grande avanço dos meios de comunicação. Isso pela mídia ter deixado de se resumir a jornais impressos e meios televisivos, invadindo cada vez mais espaços em redes sociais, e-mails pessoais ao colocar anúncios personalizados¹.

¹ A empresa Google avalia os títulos dos e-mails recebidos pelos usuários do e-mail da empresa e coloca anúncios correlacionados na mesma página. Chegando a ser acusada por invasão de privacidade, mas não tendo sido condenada pelas Cortes Americanas. TERRA, Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/internet/>>

A mídia constituía uma forma de levar entretenimento e informações para as pessoas. Contudo, nos dias de hoje, o único objetivo dela é gerar lucros, não apenas pelos comerciais de produtos entre os programas, mas também com eles inseridos dentro de novelas entre outros. Quando, por exemplo, em um episódio de novela a personagem começa a discorrer como é bom um desodorante específico. Pior que esse tipo de propaganda são as matérias em jornais de grande veiculação compradas por empresas a fim de que falem bem dela ou de algum produto seu, sem se importar com a veracidade daquilo que está se informando a sociedade nem ao menos avisam que o material é parcial.

Outro grande problema é o não comprometimento com a verdade inclusive em matérias que visam informar a sociedade de algo, pois o importante é publicar primeiro em qualquer tipo de mídia da empresa e depois verificar a veracidade. Acaba por gerar muitas inverdades e prejudicando investigações ou pessoas de boa índole que passam a ser julgados pela sociedade e pela mídia que muitas vezes apenas para ter audiência continua a condenar inocentes manipulando as informações que serão divulgadas.

O presente trabalho, diante da mídia irresponsável, se propõem a discutir o direito a um julgamento justo, o princípio da presunção da inocência e direito a privacidade frente ao direito a publicidade de atos processuais, liberdade de imprensa e de expressão.

1. DIREITOS EM CONFLITO

Na eterna batalha entre direito e mídia sempre existiram direitos em conflito, mais frequentemente a liberdade de expressão, assim como o direito de informação são colocados em cheque frente ao direito à proteção à personalidade e ao princípio da presunção de

inocência. A grande e eterna questão entre esses direitos e princípios é saber o limite de cada um deles e se tal limite realmente existe.

1.1. Liberdade de expressão e imprensa

A liberdade de expressão é considerada um direito fundamental tendo sido consolidada como tal no final do século XVIII com a formação dos Estados Liberais americano e francês, ambos de influência iluminista. Apesar de já prevista na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776², a Constituição Americana não a prestigiava, vindo a fazê-lo somente em 1791 com a promulgação de dez emendas denominadas *Bill of Rights*³, assim como incluiu a liberdade de imprensa.

Na França, por sua vez, a liberdade de expressão e de imprensa se consolidaram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴ editada em 1789 e foram reafirmadas com a edição da Constituição Francesa⁵ de 1791. Contudo, a França, diferente dos Estados Unidos, deixou claro em sua legislação que tais direitos não eram absolutos, além de autorizou a promulgação de leis que refreassem o abuso dessas liberdades.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial houve um movimento objetivando modificar

² 12. *That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotick governments.* ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776. Disponível emL <http://www.constitution.org/bor/vir_bor.htm>. Acessado em 15 de janeiro de 2014.

³ 1. *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.* Idem, *Bill of Rights of the United States of America*, de 15 de dezembro de 1791. Disponível em: <<http://billofrightsinstitute.org/founding-documents/bill-of-rights/>>. Acessado em 15 de janeiro de 2014.

⁴ 11. A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei. FRANÇA, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudosdeapoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acessado em: 15 de janeiro de 2014.

⁵ 3. A liberdade para todo homem de falar, escrever, imprimir e publicar os seus pensamentos, sem que os seus escritos possam ser submetidos a censura alguma ou inspeção antes de sua publicação, e exercer o culto religioso ao qual esteja ligado; Idem, Constituição Francesa, de 1791. Disponível em: <<http://passeidireto.com/arquivo/1749582/constituicao-francesa-1791>>. Acessado em 15 de janeiro de 2014.

o direito à liberdade de expressão e de imprensa clássicos, em paralelo surgiram iniciativas internacionais reconhecendo a amplitude dos direitos em baila. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU foi a primeira a se manifestar, em 1946, promulgando a Resolução 59⁶ e, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Resolução 217-A)⁷.

Outras legislações internacionais com as mesmas bases surgiram, tais como: a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁸ em 1950, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁹ em 1966 e a

⁶ a liberdade de expressão é um direito humano fundamental e é a pedra de toque de todas as liberdades para as quais a ONU é consagrada *apud* ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25

⁷ 19. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos do Homem, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acessado em 16 de janeiro de 2014.

⁸ artigo 10 (liberdade de expressão)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia;

2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. Idem, Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos dos Homem e da Liberdades Fundamentais, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acessado em 16 de janeiro de 2014.

⁹ artigo 19:

1. Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões.

2. Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma oral ou escrita, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio à sua escolha. Idem, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos 16 de dezembro de 1966. Disponível em:< <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>. Acessado em 16 de janeiro de 2014.

Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos¹⁰, ou como mais conhecido Pacto de São José da Costa Rica em 1969. Todas as citadas e mais algumas normatizações editadas no pós-guerra já realizavam uma revisão da doutrina liberal ao demonstrarem preocupações com o abuso destas liberdades.

Na Europa, simultaneamente, começou a surgir o direito a informar, o que abrange a liberdade de expressão e a de comunicação. Esse novo direito buscou garantir que todos os cidadãos tivessem real acesso aos acontecimentos da atualidade. O enfoque se tornou o grande público e como o conteúdo das notícias diárias chegariam até eles. Ademais preocupações com a subordinação dos meios de comunicação aos interesses privados, divulgação de informações tendenciosas e o apelo para a violência e o sexo trouxeram a doutrina da responsabilidade social dos meios de comunicação.

A última fase põe fim a unilateralidade da liberdade de informação e da liberdade de expressão, unindo-as na multifacetária liberdade de comunicação, também tida como direito fundamental do homem. Estando, assim, mais de acordo com o pensamento contemporâneo de diálogo ao invés de monólogo, sendo até mesmo mais equilibrado e democrático.

Apesar da árdua tarefa de conceituar, principalmente quando o direito em questão

¹⁰ Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, Pacto São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acessado em 16 de janeiro de 2014.

está em rápida e constante evolução, esta se faz necessária. A liberdade de comunicação tem sido considerada a mais abrangente por englobar a liberdade de imprensa, expressão, pensamento, entre outras. Ela pode ser tida, em suma, como meio de criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. Engloba, também, a organização dos meios de comunicação. Outrossim, é amplamente protegida por nossa Carta Magna no artigo 220, §1º; artigo 5º, IV, V, IX, XIII e XIV¹¹.

A liberdade de expressão, por sua vez, está consagrada especialmente no artigo 5º, IV e IX da CRFB/88 e nada mais é do que a liberdade de exteriorizar pensamentos, opiniões, convicções, comentários, avaliações e julgamentos sobre qualquer assunto ou pessoa. Sua grande pretensão é evitar que o Estado realize qualquer tipo de censura.

Por fim, a liberdade de imprensa é uma espécie da liberdade de expressão. Nela se concentra a liberdade de informar e se ser informado de forma clara e objetiva. Esta liberdade trazida pelo artigo 220, §1º, engloba todos os veículos que possibilitem a circulação de informações. Essa liberdade tem como contrapartida o direito de resposta e indenização nos casos em que for utilizada de maneira abusiva.

¹¹ Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

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

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

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

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 16 de janeiro de 2014.

Da liberdade supra citada surgem diversos problemas. Um deles é que os meios de comunicação estejam nas mãos de grandes grupos, quase como em monopólio, que disseminam os seus pontos de vistas, sem isenção de ideologias. Outro, ainda mais complexo, é que os meios de comunicação se transformaram em negócio altamente competitivo, o que leva a veiculação apressada de informações sem a verificação de sua veracidade, o que leva até mesmo ao sensacionalismo. Além disso por ter se tornado um negócio visando sempre o lucro dependendo de patrocínios e publicidades, que desvirtuam o escopo de informar.

1.2. Direito à privacidade

O direito à privacidade deve ser entendido em sentido *lato* quando referido no artigo 5º, X¹² da Carta Magna englobando os direitos à vida privada, à honra, à imagem, à intimidade e à personalidade. Lembrando que tais direitos são individuais, fundamentais e invioláveis. Sendo eles, inclusive, limitadores a liberdade de expressão como pode ser ver no já mencionado artigo 220, CRFB/88. A própria constituição determina que em caso de violação seja devido indenização pelo dano material ou moral sofrido.

Nos dias atuais, com o grande avanço da tecnologia e o surgimento de novos meios de comunicação, houve a ampliação da capacidade de adentrar na vida íntima de qualquer um além de divulgar todos os detalhes destas vidas para um maior número de pessoas. Isso tornou ainda mais importante a proteção desses direitos tanto que no próprio texto constitucional no artigo 220 à liberdade de imprensa é limitada por esses direitos.

O direito à vida privada e à intimidade são facilmente confundidos ou tidos como

¹² artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;. Ibid.

sinônimos. O primeiro deve ser entendido como comportamentos e acontecimentos de relacionamentos pessoais em geral de uma pessoa, pois o indivíduo tem o direito de não ter suas informações pessoais, assuntos e características particulares expostas a terceiros. Enquanto o último é tudo aquilo que ocorre no foro íntimo e moral, nas relações familiares e amizades.

Evidente que quando se fala em vida privada deve se levar em consideração a expectativa de privacidade que cada pessoa possui, pois não é plausível que pessoa pública ou notória tenha a mesma expectativa de outro cidadão. Dessa forma, pessoas que atuam em meios públicos como políticos, atores entre outros possuem menor expectativa em relação ao resguardo de suas vidas, porém há quem possua mesmo que em menor grau. Devendo ser discutido casuisticamente se há violação ou não da privacidade dos mesmos.

O direito à proteção à honra e à imagem não são propriamente direito à vida privada ou à intimidade, em verdade são direitos ligados à personalidade assim como ao nome e à identidade pessoal. Dito isso, deve-se lembrar que os direitos de personalidade são inatos (originários), essenciais, vitalícios, extrapatrimoniais, relativamente indisponíveis, irrenunciáveis, intransferíveis e inalienáveis, inexecutáveis, impenhoráveis e inexpropriáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*. A honra nada mais é do que a dignidade da pessoa para si e diante de terceiros, envolve por exemplo o bom nome, boa reputação. A inviolabilidade da imagem da pessoa, por sua vez, tem relação com a forma de identificação da pessoa, a partir de seus traços, físicos, fisionômicos ou plásticos.

1.3. Princípio da presunção da inocência

O princípio da presunção da inocência surge como uma reação dos pensadores iluministas contra um sistema penal persecutório que obtinha provas por meio de castigos

físicos, psicológicos e pela prisão. É instaurado, nesse momento, um novo paradigma para o processo penal que deixa de ser instrumentos da pretensão punitiva estatal para instrumento de tutela da liberdade.

Apareceu positivado o princípio da presunção de inocência largamente em âmbito internacional, tendo como principais. na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França de 1789; Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966; e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

No Brasil, o referido princípio era defendido pela doutrina e aplicado com base na Declaração de Direitos, mas só veio a ser positivado na Constituição de 1988 no artigo 5º, LVII¹³. A carta magna, diferente da doutrina, baseou-se na Constituição Italiana pós fascista de 1948. Contudo, a Itália não repetiu o enunciado positivo da consagrada da Declaração de Direitos preferiu negar a culpabilidade do réu até ser considerado culpado. Optando, assim, pela consagração da desconsideração prévia da culpabilidade ao invés da presunção de inocência.

A escola clássica, de Francesco Carrara, e as escolas positivistas e técnico jurídica, de Enrico Ferri e Vincenzo Manzini respectivamente, debatiam, na Itália, qual seria o alcance desse princípio.¹⁴ Conforme Francesco Carrara, o processo penal era um instrumento que tinha como único objetivo a proteção dos inocentes diante da pretensão punitiva estatal. Pautando, dessa forma, todo o processo penal na presunção da inocência que era ampla e irrestrita.

Enrico Ferri, por sua vez, restringia ao máximo o princípio em tela. Só o admitindo quando o acusado fosse delinquente ocasional, que negasse a prática do crime e somente

¹³ artigo 5º. (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ibid.

¹⁴ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 186-190.

enquanto não houvessem provas indiciárias contra ele. Restringindo o princípio a fase investigatória e chegando ao fim quando o processo penal fosse instaurado.

Vicenzo Manzini¹⁵ defendia que o processo penal tinha como finalidade comprovar o fundamento da pretensão punitiva do Estado. Razão pela qual entendia que a presunção de inocência nada mais era do que uma ficção jurídica absurda e não deveria ser utilizada. Afirmava que as presunções são meios de prova indireta que, pela experiência comum, se chega a um convencimento, até pela imputação de um crime se basear em indícios previamente colhidos.

Apesar de a Constituição brasileira de 1988 ter sido pautada na Constituição italiana de 1948 a discussão doutrinária sobre o artigo se tratar de presunção da inocência ou de desconsideração prévia de culpabilidade não se instaurou. Em verdade, no país não se usa a diferenciação para tentar restringir o âmbito de aplicação do princípio, sendo inclusive tratados como sinônimos pela jurisprudência pátria.

O princípio em pauta é mais utilizado e possui maior força na fase probatória do processo penal. A sua aplicação significa que a parte autora da ação que deverá comprovar a veracidade dos fatos do tipo penal e a participação do réu nestes, além de que restando dúvida, após a apreciação de todas as provas produzidas nos autos, o juiz deverá optar por solução favorável ao réu, de onde se extrai o princípio *in dubio pro reo*. Lembrando que a absolvição só pode ocorrer quando o juiz não chegar a juízo de certeza contra o réu. Restando, dessa forma, a defesa comprovar somente causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Entretanto é equivocado afirmar, como alguns autores como Gustavo Badaró fazem, que o princípio da presunção de inocência acarretaria total ônus probatório para o autor da ação criminal. A base para tal a alegação é de que o acusador deve provar todos os fatos

¹⁵ Ibid, p. 186-190.

integrantes do direito de punir, ou seja, a tipicidade e antijuridicidade da conduta, assim como a culpabilidade do réu. Essa posição trás ônus excessivo para a parte acusadora tornando inclusive impossível refutar teses absurdas.

O princípio da presunção de inocência faz, também, com que todas as medidas restritivas ou coercitivas necessárias ao longo do processo sejam aplicadas da maneira menos danosa ao réu e somente se essenciais. Evitando, assim, maiores constrangimentos ao réu e menor restrição de seus direitos.

O primeiro grande impacto deste princípio foi nas prisões cautelares, que tiveram sua validade questionada sob o fundamento de que tais prisões haveriam sido revogadas com a edição do artigo 5º, LVII, CRFB/88. Essa afirmativa foi rechaçada pelo Poder Judiciário, assim como reafirmada a validade das prisões processuais, ao fundamento de que tais prisões não adiantariam a pena ou a execução penal, estando correlacionadas a outros pressupostos processuais tais como o *fumus boni iuris* e o *periculum in libertatis*. Ademais o princípio da presunção de inocência e as prisões cautelares e processuais coexistem harmoniosamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O debate mais intenso se deu a respeito da compatibilidade e constitucionalidade das prisões decorrentes de pronúncia e de sentença penal condenatória não transitada em julgado por não estarem como as demais correlacionadas ao *periculum in libertatis*. Dessa forma, as prisões provisórias ocorrem automaticamente quando o juiz profere a sentença de pronúncia ou condenatória recorrível, salvo quando o réu for primário e tiver bons antecedentes.

A fim de terminar com o questionamento sobre a constitucionalidade das prisões provisórias o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete sumular de número 9¹⁶ com base em exame de seus julgados. Contudo, não foi aproveitada a oportunidade para se discutir a

¹⁶ A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Verbetes Sumular 9º. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?livre=&ordem=%2B>>. Acessado em: 16 de janeiro de 2004.

necessidade ou não do *periculum in libertatis* destas prisões. Algum tempo depois, o STJ complementou o entendimento do verbete passando a exigir fundamentação específica sobre a necessidade de prisão provisória especialmente se o réu não se encontrava preso antes.

1.4. Ronald Dworkin *versus* Robert Alexy

O presente trabalho trata de dois princípios fundamentais da Carta Magna Brasileira. Lembrando que, em suma, regras, por sua vez, são normas que contêm preceito legal, exigindo, proibindo ou permitindo algo. Seus conflitos são de mais fácil resolução pela hierarquia, anterioridade e especialidade. Os princípios, por sua vez, são determinações para que um bem jurídico específico atinja sua máxima satisfação e seja protegido, explicitando valores e estabelecendo comportamentos de acordo com o caso concreto¹⁷. Contudo, essa divisão não é assim tão simples.

Ronald Dworkin¹⁸, crítico do positivismo jurídico, propôs a classificação das normas jurídicas em regras (*rules*) e princípios (*principles*). Incluindo dentro de princípios todos os determinadores de comportamento (*standards*) que não são regras, ou seja, os princípios em sentido estrito e as diretrizes políticas. Podendo o juiz se utilizar tanto de regras quanto princípios para solucionar conflitos e resguardar o direito, pois os *standards* tem força normativa.

Os princípios, assim, são elementos de articulação entre o direito e a moral com conteúdo deontológico. As normas em lato senso se distinguem apenas no momento de sua aplicação. As regras devem ser aplicadas pelo método tudo ou nada verificando somente a validade da norma, o que não elimina o poder-dever do juiz de realizar a interpretação delas.

¹⁷ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. *Direitos Humanos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 44

¹⁸ SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 16-18.

Tal verificação não tem como ser feito nos princípios razão pela qual devendo para aplica-los se utilizar do peso ou importância no caso concreto.

Evidente que a discricionariedade do juiz não se modifica na aplicação e na interpretação de princípios ou de regras, para Dworkin¹⁹. Ele deverá sempre fundamentar suas decisões incluindo o uso ou não de determinado princípio ou regra. Isso pelas suas decisões serem sujeitas à recursos.

Robert Alexy²⁰ teve por objetivo criar uma teoria capaz de solucionar a colisão de normas por meio de critérios racionais. A diferença entre regras e princípios, para ele, é estrutural, o que exige formas distintas de aplicação. Sendo que as regras possuem maior força frente aos princípios. Os princípios são tidos como comandos de otimização, pois controlam melhor as atividades uma vez que não podem ser excessivamente restringidos devido o risco de anular o próprio direito.

1.5. Técnica da Ponderação

A solução entre o conflito de normas, por muito tempo e ainda fundamental no direito, é a subsunção²¹, ou seja, pela via do raciocínio silogístico²². Contudo não é o suficiente para lidar com os conflitos de direitos fundamentais nem com princípios que possuem pluralismo de ideias, valores e interesses. Isso por eles, diferentemente das normas, não poderem ter como solução de seus conflitos a validade da norma o que acabaria esvaziando seu conteúdo ou gerando grande número de exceções.

Os princípios reivindicam de máxima efetivação de seu conteúdo, não devendo ter

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid., p. 18-20.

²¹ O método da subsunção tem lógica unidirecional indo da premissa maior (a norma), para a premissa menor (lide) e por fim a conclusão (solução do caso concreto). A escolha de uma premissa maior acaba por excluir as demais, sendo sempre a que melhor encaixar nos fatos narrados.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010, 2. ed., p. 334-339.

exceções ou restrições, bastando realizar a ponderação entre os conflitantes, no caso concreto, para se aplicar da melhor maneira possível e sem fazer com que o outro seja retirado do ordenamento jurídico. Ademais não há hierarquia entre eles devendo sempre o caso concreto se verificar qual princípio sobrepõem o outro. o princípio “mais fraco” no caso não deixará de existir ou de ser aplicado, ele será ponderado e seu núcleo será mantido em qualquer hipóteses.

A colisão entre princípios constitucionais é normal, uma vez que há pluralismo de ideias, valores e interesses. Ademais não há hierarquia entre eles devendo sempre o caso concreto se verificar qual princípio sobrepõem o outro. o princípio “mais fraco” no caso não deixará de existir ou de ser aplicado, ele será ponderado e seu núcleo será mantido em qualquer hipóteses.

A ponderação pode ser simplificada, de acordo com Luís Roberto Barroso²³, em um processo de três etapas. Na primeira o interprete deve identificar quais as normas pertinentes a solução do caso e os possíveis conflitos entre elas. Nessa mesma fase deve se agrupar os argumentos que tenham a mesma solução a fim de facilitar a comparação entre os elementos normativos. Na segunda fase deve examinar os fatos concretos e sua interação com as normas selecionadas, observando com maior clareza o papel de cada uma e extensão de sua influência. Na última fase, aquela dedicada a decisão da lide, todos os fatos, normas e seus efeitos são analisados conjuntamente para apurar o peso e qual grupo de argumentos deve preponderar. Caso possível deve se, por fim, graduar a intensidade da medida escolhida por meio do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

O juízo de ponderação está intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, pois, no caso concreto, deve se ponderar qual o sacrifício que solucionará a lide e se verificar

²³ Ibid., 335-336 p.

que não existe meio menos gravoso para obter o mesmo fim²⁴. A proporcionalidade deve ser entendida também no sentido estrito em que o ônus imposto não seja maior que o benefício adquirido. É um meio de concessões recíprocas entre os princípios e os interesses em disputa para preservar ao máximo todos. Contudo, em determinados casos não haverá como se ponderar valores, devendo o interprete escolher por um deles. Evidente que em todos esses casos a solução deverá ser justificada e demonstrada a construção do pensamento que o fez tomar tal decisão.

O grande problema da técnica de interpretação da ponderação é que, apesar de prever pesos diversos em relações distintas quando estes forem relevantes, não possui referencias matérias ou axiológicas para tal valoração. Podendo gerar decisões extremamente arbitrárias.

2. Opinião Pública

Nas sociedades contemporâneas o fluxo de informação para desempenhar suas funções basilares depende de redes amplamente interligadas e intrincadas interagindo. Contexto no qual os meios de comunicação existem e são essenciais para a formação da opinião pública, porém o tema é extenso e por si só daria outro artigo ou tema de monografia. Razão pela qual o presente trabalho não tratará do complexo processo dos meios de comunicação e de como influenciam a opinião pública. Se limitará a pincelar pontos relevantes de um na formação da outra.

A opinião pública pode ser entendida como fenômeno psicossocial de formação de pensamentos e comportamentos quase padronizados que afeta a massa, uma coletividade, em regra sobre assuntos de natureza pública. Não pode se deixar de observar os conceitos de

²⁴ ARAÚJO, op. cit., p. 45.

opinião pública de dois grandes doutrinadores: Jünger Habermas e Herbert Blumer²⁵.

O conceito de opinião pública de Habermas²⁶ passa necessariamente pela sua definição de esfera pública. Essa é tida como o local onde ocorrem as atividades de comunicação, posições são tomadas, opiniões são formadas e posteriormente cristalizadas. Em decorrência a opinião pública, para ele, é a opinião geral cristalizada sobre determinados temas discutidos em esfera pública, por muitas vezes é apenas um consenso genérico.

Blumer²⁷ ao conceituar opinião pública faz questão de a distinguir da opinião majoritária. Ambas não são sinônimos, a opinião que advém da maioria é no máximo uma tendência central que poderá se consolidar em opinião pública. Essa é a fixação somente após o embate de opiniões inclusive antagônicas.

A opinião pública, com o avanço tecnológico e dos meios de comunicação, se tornou basicamente a opinião de massa, que é constituída por grupo de pessoas elementar e espontâneo, com aspectos semelhantes quando dentro da multidão tais como cultura, mas essencialmente diferentes como indivíduos, influenciados pela mídia de massa²⁸. Essa crescente e cada vez mais poderosa comunicação de massa fez com que ao longo das décadas inúmeras pesquisas e teorias surgissem a respeito da afeta da afetação dos meios de comunicação de massa nos receptores e na formação da opinião pública.

A teoria mais marcante e ainda atual sobre o tema é a Espiral do Silêncio elaborada por Elizabeth Noelle-Neumann²⁹. Ela parte das seguintes premissas: a sociedade intimida e puni com o isolamento qualquer indivíduo que tenha opinião diferente daquela que o grupo possui; todas as pessoas tem medo do isolamento; o que faz com que se busque a *atmosfera de consenso* para saber qual a prevalecente; essa busca afeta o indivíduo fazendo o decidir

²⁵ ABDO, Helena. *Mídia e Processo*. São Paulo: Saraiva, 2011. 74-75. p.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Os meios de comunicação de massa são aqueles destinados, de maneira simultânea, a transmitir a um grande número de pessoas indistintas de forma pública e massiva indiretas com único sentido. Isso pode ser feito de diversas maneiras ou mídias tais como jornais, rádios, televisores etc.

²⁹ ABDO, Helena. *Mídia e Processo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 78-79.

entre se *expressar* ou *ocultar* suas próprias opiniões caso contrárias a dominante. Nesse contexto os meios de comunicação de massa tem função essencial, pois são a fonte primária sobre qual opinião vigente.

O poder sobre a opinião de uma população é muito importante, devendo os meios de comunicação que a influenciam e determinam ter responsabilidade e comprometimento com a verdade. Não podendo nem devendo, tais veículos de informação, buscarem apenas ganharem da empresa concorrente e obterem maior capital de maneira apelativas.

Outrossim, a opinião pública baseada informações divulgadas por um mídia irresponsável e tendenciosa gera muitas vezes “linchamentos públicos” com sequelas permanentes na vida pessoal e profissional do acusado. O princípio da presunção de inocência é quase sempre substituída pela presunção de culpabilidade disseminada pelos órgão de imprensa e contaminando a opinião pública com o sentimento de impunidade e desejo e punição à qualquer preço³⁰.

3. O juiz e o princípio da imparcialidade

O juiz ou o Estado-Juiz possuem história anterior a Grécia razão pela qual sua origem histórica não será abordada. Pode ser resumida, nos dias atuais, como o agente público que representa o Poder Judiciário Estatal na dissolução de lides de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais.

O magistrado é formado por elementos internos e externos³¹. Os primeiros. são os

³⁰ neste mesmo universo da análise seria preciso tratarmos , ainda, os vínculos estreitos que unem a opinião pública à sociedade de massas, em particular à sociedade midiática, uma sociedade dominada por meios de comunicação que reproduzem, e com isso forjam, uma cultura global pasteurizada, propondo e atingindo a moldagem de uma opinião pública sob medida, controlada, domesticada, infantilizada, incapaz, muitas vezes, de contrapor interesses próprios a interesses alheios patrocinados como se próprios fossem. MORAIS, José Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 6. ed. p. 192-193. *apud* GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *O juiz e a Mídia*. São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 33.

³¹ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *O juiz e a Mídia*. São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 84-86.

intrínsecos à pessoa do juiz, ou seja, os integrantes de sua personalidade como ser humano, como a escola que estudou, o meio social em que vive, religião. Eles não podem ser ignorados, mas devem ser controlados evitando que possua preconceitos em relação a aspectos materiais e formais do processo e que suas emoções influenciem a decisão que irá proferir.

Os elementos externos, por sua vez, são evidenciados em sua atuação, bem como os meios pelos quais exerce sua atividade jurisdicional. A busca permanente por atualização e capacitação é essencial da mesma forma que as garantias e princípios inerentes ao cargo. As principais garantias, nos termos do artigo 95 da CRFB/88³², são: vitaliciedade, inamovibilidade, independência e irredutibilidade de subsídio. Essas garantias existem para que o princípio da imparcialidade do juízo seja mantida.

A independência do magistrado é interna, ou seja, dentro do Poder Judiciário; e externa, em relação a outros fatores que possam influenciar no exercício de sua atividade, tais como pressões políticas. O juiz deve atuar em conformidade com a lei, que é a expressão da vontade popular e decisões pretéritas que formaram jurisprudência e verbetes sumulares³³.

A imparcialidade é requisito essencial e indispensável, sendo, inclusive, prestigiada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem³⁴. Isso por ser a responsável à conferir a legitimidade da atuação estatal no processo uma vez que o juiz está representando o Estado

³² artigo 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I -vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do artigo 9, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos artigos 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III e 153, §2º, I. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 03 de maio de 2014

³³ Os verbetes sumulares podem ser compreendidos diretrizes de julgamentos com caráter geral, abstrato e de natureza interpretativa a cerca de normas. Não se sobrepõem a lei à lei nem restringe o poder do magistrado do caso concreto de interpretar e definir diretrizes.

³⁴ Artigo X -Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos do Homem, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acessado em 03 de maio de 2014.

que deve ser equidistante das partes para solucionar a lide³⁵. Contudo, o juiz não deve apenas exercer seus atos de forma imparcial, ele deve ser imparcial.

Não se deve confundir imparcialidade com neutralidade apesar de poderem ser consideradas sinônimos. A imparcialidade é pressuposto subjetivo do processo, um modelo de conduta processual. Enquanto a neutralidade é inerente ao ser humano e muito difícil de se obter, uma vez que emoções, ideologias e crenças são quase impossíveis de se dissociarem daquele que as possui. O juiz deve tentar ao máximo evitar que tais paixões, assim como elementos externos, influenciem sua decisão.

Diversos são os fatores que podem alterar a parcialidade do juiz, todavia a Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), ou seja, a Lei Complementar 35 de 14 de março de 1979; e o Código de Ética da Magistratura promulgado pelo Conselho Nacional em 26 de agosto de 2008 tentam impedir e fornecer diretrizes de conduta aos juízes no exercício de suas funções.

A LOMAN em seu artigo 36 inciso III³⁶ e o Código de Ética no artigo 12³⁷ determinam a permanência equidistante do juiz das polêmicas e discussões decorrentes de processo ainda em curso, principalmente se estiver sob sua responsabilidade. O juiz tem o dever da publicidade e fundamentação de seus atos, mas existe uma linha tênue entre esclarecimentos públicos e o excesso de opiniões tendenciosas ou que antecipem o mérito de

³⁵ CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direitos Processual Civil. volume 1*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 19. ed. p. 136.

³⁶ Artigo 36. É vedado ao magistrado:

(...)

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre o processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistrado. BRASIL, Lei Complementar 35, 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acessado em 05 de junho de 2014.

³⁷ Artigo 12. Cumpre ao magistrado, na sua relação com os meios de comunicação social, comportar-se de forma prudente e equitativa, e cuidar especialmente:

I - para que não sejam prejudicados direitos e interesses legítimos de partes e seus procuradores;

II - de abster-se de emitir opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos, sentenças ou acórdãos, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, doutrinária ou no exercício do magistério. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 06 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acessado em 05 de junho de 2014.

alguma decisão, o que pode prejudicar o exercício por uma das partes da ampla defesa e do contraditório garantidos pela CRFB/88³⁸, assim como o réu de obter um julgamento justo.

Penalidades são previstas a partir do artigo 40 da LOMAN³⁹ para aqueles que se excederem ou infringirem o princípio da publicidade dos atos. Lembrando que tais devem ser aplicadas levando em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade entre elas e as conduta ilícita ou ilegítima praticada.

O artigo 41 da citada norma deixa claro que os magistrados serão punidos em caso de improbidade ou excesso de linguagem. No primeiro caso serão punidos caso manifestem suas opiniões em meios de comunicação sobre processos pendentes de julgamento. Já no último caso quando realizarem críticas depreciativas sobre decisões proferidas por outro juiz ou órgão do Poder Judiciário, salvo nos autos do processo, em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Um grande perigo a imparcialidade do juiz é a transformação do juiz em herói. Na

³⁸ Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 05 de junho de 2014.

³⁹ Artigo 40. A atividade censória de tribunais e conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado.

Artigo 41. Salvo os casos de improbidade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

Artigo 42. São penas disciplinares:

I - advertência;

II - censura;

III - remoção compulsória;

IV - disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;

VI - demissão.

Parágrafo único. As penas de advertência e de censura somente são aplicáveis aos juízes de primeira instância.

Artigo 43. A pena de advertência aplicar-se-á reservadamente, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.

Artigo 44. A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.

Parágrafo único. O juiz com a pena de censura não poderá figurar em lista de promoção por merecimento pelo prazo de 1 (um) ano, contado da imposição da pena. Idem, Lei Complementar 35, 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acessado em 05 de junho de 2014.

sociedade atual onde se vive uma crise de autoridade⁴⁰, muitas vezes o juiz que autoriza medidas persecutórias contra pessoa que possua notoriedade de qualquer tipo acaba por ganhar tal título. Isso é capaz de envaidecê-lo e contaminar a sua atuação como magistrado violando o princípio constitucional da imparcialidade assim como muitos outros.

A responsabilidade do magistrado é dizer o Direito, aplicando a lei ao caso concreto, não figurar como justiceiro. O juiz deve lembrar que os símbolos da justiça são a espada e a balança a fim de não se empunhar do primeiro realizando uma justiça falsa e retalhativa. A deusa de olhos fechados possui também a balança em sua mãos que caracteriza além do equilíbrio, a prudência, imparcialidade e a cautela no exercício de sua função julgadora⁴¹.

Outrossim, o magistrado que se encontra excessivamente presente possui sua imparcialidade e isenção questionada com mais frequência. Ele deve apenas prestar esclarecimentos quando necessário, mas essa não pode ser sua principal tarefa. Além disso a exposição pessoal não pode se sobrepor aos valores profissionais, institucionais e constitucionais que o cargo da magistrado exige.

A convivência do Poder Judiciário e da imprensa deve existir, mas sempre baseada na presunção de boa-fé sem conotações políticas. Um problema é que a mídia acaba por condenar antes da apreciação de provas e julgamento, muitas vezes baseadas em medidas cautelares concedidas no decurso do processo. A sentença condenando o réu passa a não ter relevância social após a condenação midiática.

⁴⁰ a cada dia que passa, mais se solicita do juiz no sentido de se exigir a sua participação para compensar as relações sociais em jogo. Originariamente, esse tipo de fenômeno passou a ter importância em decorrência da miséria e das crises econômicas pós guerra, mas essa tendência subsiste mesmo quando se atravessam épocas economicamente estáveis. BAUR, Fritz. *O papel ativo do juiz. revista de Processo*. n. 27, ano VII, jul.-set., 1982. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. 193-194. pp. *apud*. GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *O juiz e a Mídia*. São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 116.

⁴¹ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *O juiz e a Mídia*. São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 117.

4. Julgamentos justos

O direito a julgamento justo é um direito individual não expresso na CRFB/88, mas ser retirado de preceitos como o devido processo legal (*fair trial e due process of law*)⁴². O principal objetivo é limitar o poder do Estado de perseguir e punir, por interesse público, pessoas que cometeram atos contrários à lei. Dessa maneira garante-se o exercício racional e não arbitrário da atividade persecutória, assim como a validade e legitimidade da punição dos criminosos pelo Estado.

O devido processo legal serve como norteador de aplicação e interpretação dos demais princípios processuais constitucionais. Além disso, confere garantias de proteção ao réu tais como: juiz imparcial e natural (artigo 5º, XXXVII e LIII, CRFB/88⁴³), presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CRFB/88), distribuição dinâmica do ônus da prova, livre convencimento motivado do juiz (artigo 5º, LX, CRFB/88⁴⁴), contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV, CRFB/88⁴⁵), não ser processado e condenado com base em prova ilícita (artigo 5º, LVI, CRFB/88⁴⁶).

⁴² Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 09 de junho de 2014.

⁴³ Artigo 5º (...)

XXXVII - não haverá juízo de exceção;

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; BRASIL, Idem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 09 de junho de 2014.

⁴⁴ Artigo 5º (...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem. BRASIL, Idem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 09 de junho de 2014.

⁴⁵ Artigo 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; BRASIL, Idem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 09 de junho de 2014.

⁴⁶ Artigo 5º (...)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; BRASIL, Idem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 09 de junho de 2014.

A origem desse princípio é inglesa e remete a sua Carta Magna de 1215⁴⁷, mas a expressão devido processo legal só foi utilizada em 1354 por Edward III no *Law of Lands*⁴⁸. Em 1950 o princípio ganhou o âmbito internacional com a Convenção dos Direitos dos Homens⁴⁹. Sendo incorporada no direito norte americano em 1791, onde sua Suprema Corte moldou amplamente a jurisprudência sobre o tema, ganhando tais decisões repercussão pelo mundo todo. No Brasil, por sua vez, ingressou expressamente no rol dos direitos fundamentais apenas na CRFB/88.

É acima de tudo uma norma procedimental aplica a todos os tipos de processos judiciais e procedimentos administrativos, mas seu conteúdo não se encontra descrito. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode se achar fixado um conteúdo mínimo do princípio ou seus elementos essenciais. Sendo que o campo de maior estudo e aplicação dessa

⁴⁷ 39. *No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.* INGLATERRA, Constituição de 1215. Disponível em: <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>>. Acessado em 09 de junho de 2014

⁴⁸ *no man, of what state or condition soever he be, shall be put of his lands, or tenements, no taken, nor imprisoned, nor indicated, nor put to death, without he be brought in to answer by due process of law.* SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 93-94. p. *apud* SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 155. p.

⁴⁹ Artigo 6º - Direito a um processo equitativo

I - Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

II - Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada,

III - O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos”

a) ser informado, no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração de Direitos do Homem, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acessado em 09 de junho de 2014.

garantia é o criminal, pois os bens discutidos nesse tipo de demanda tem maior relevância social, além da desigualdade de forças quase normal entre o réu indivíduo comum e o Estado acusador e possuir do *jus puniendi*.

Tais fatos fazem com que haja predominância dos direitos individuais e fundamentais do réu no direito processual penal como a ampla defesa e o contraditório. Outrossim, consagra prerrogativas próprias dessa seara, sendo que algumas apenas em favor do réu: direito ao silêncio (artigo 5º, LXIII, CRFB/88⁵⁰), controle judicial da legalidade da prisão em flagrante (artigo 5º, LXI, CRFB/88⁵¹), a obrigatoriedade de ordem judicial escrita e motivada par decretação de qualquer tipo de prisão (artigo 5º, LXII, CRFB/88⁵²), princípio acusatório (artigo 129, I, CRFB/88⁵³), relativização do princípio da isonomia.

O devido processo legal pode ainda, pelo zelo da busca pela justiça, fazer com que se aplique medidas não previstas no ordenamento legal brasileiro⁵⁴. É mais comum que isso

⁵⁰ Artigo 5º (...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 09 de junho de 2014.

⁵¹ Artigo 5º (...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. BRASIL, Idem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 09 de junho de 2014.

⁵² Artigo 5º (...)

LXII - a prisão de qualquer pessoa e local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou à pessoa por ele indicada. BRASIL, Idem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 09 de junho de 2014.

⁵³ Artigo 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. BRASIL, Idem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 09 de junho de 2014.

⁵⁴ O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso representa uma exigência de *fair trail*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do *fair trail* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa fé e da lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trail* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos. públicos e privados, que exercem, direta ou

ocorra no processo administrativo, porém é possível ser visto no processo penal em medidas cautelares de caráter instrutório ou assecuratório.

CONCLUSÃO

O trabalho buscou demonstrar a colisão e solução entre normas-princípios constitucionais, especificamente liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento justo com tudo que ele engloba. Buscou-se demonstrar o aumento de campanhas da mídia por condenação dos eleitos por ela própria como culpados, sem direito a retratação ou qualquer tipo de garantia legal.

Os citados princípios em duelo estão espalhados por todo ordenamento jurídico e seus conteúdos estão delimitados por diversas normas e enunciados na Constituição de 1988, outras regras os densificam como o direito de resposta e vedação de prova ilícita. Podendo ser restritos diante da colisão de valores constitucionais, mas dependerá sempre se analise das razões teóricas e do caso concreto.

Deve se lembrar que a liberdade de expressão e informação são essências para um sociedade viver no estado democrático de direito. Sendo essa uma das razões pelas quais deve se observar com cautela qualquer tentativa legislação ou regulamentação que venha a restringir esses direitos. Afinal, trata-se de área de direito coletivo que deve ser regulada pela autonomia individual, cabendo ao Estado interferir somente em caso de colisão *sirito sensu* de princípios.

A própria Constituição de 1988, apesar de reconhecer a liberdade de expressão como direito negativo, não confere *status* de direito absoluto. Prevendo mecanismos de

indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368520>>. Acessado em: 03 de julho de 2014.

responsabilização do emissor em caso de violação de direitos de terceiros e a não vedação de medidas judiciais de proibição de veiculação de algo, desde que demonstrada a necessidade de tal, que possa vir a ofender. Isso mesmo estando expressão à vedação a censura.

O princípio do devido processo legal permite com que se extraí diversos princípios e valores, tais como o direito a julgamento justo. Ele é utilizado para orientar interpretações de princípios constitucionais atrelados, como ampla defesa; determinar quais procedimentos mesmo não previstos em normas ou quando as normas sejam inadequadas para o caso concreto; mas acima de tudo para garantir os direitos do acusado no processo criminal.

A presunção de inocência é o princípio correlato ao devido processo legal que mais entra em conflito com a liberdade de informação, pois se tornou algo comum o *trial by media*. O crime é acontecimento público e deve ser noticiado incluindo até opiniões e críticas, mas não se pode fazer campanha a favor da condenação do réu, ou seja, notícias predominantemente opinativas, com divulgação parcial de fatos e versões, assim como a manipulação de dados; divulgação de provas ilícitas⁵⁵.

A colisão dos princípios elencados anteriormente deve ser sempre resolvida com o menor sacrifício de ambos, garantindo todos os direitos do acusado e ainda a veiculação das informações e opiniões sobre o processo ou investigação em curso, resguardando acima de tudo um julgamento justo. Lembrando que o princípio da publicidade é essencial ao processo justo por permitir o controle externo de que a norma está sendo cumprida e todas as garantias asseguradas, além de instruir a população para que pressione modificações legislativas, não para que influenciem decisões judiciárias. A justiça não é o local em que a opinião pública majoritária deva prevalecer, mas onde a proteção de direitos mesmo contrários a vontade da maioria. Ademais, as medidas que restringem tal publicidade podem ocorrer desde que fundamentadas e com respaldo na constituição.

⁵⁵ SCHREIBER. Ibid. p. 412.

Por fim, é inegável a existência de uma publicidade opressiva diante de julgamentos criminais no Brasil. Devendo a doutrina e jurisprudência trata-la como colisão de direitos fundamentais que não podem ser totalmente suprimidos. Além disso, inúmeras medidas podem ser tomadas para solucionar tal conflito sempre levando em consideração o princípio da proporcionalidade e da adequação com a menor restrição possível de qualquer um dos princípios, através de decisão fundamentada.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena. *Mídia e Processo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. *Resumo de Direitos Humanos Fundamentais*. Niterói: Impetus, 2009.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

_____, Declaração de Direitos do Homem, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>.

_____, Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos dos Homem e da Liberdades Fundamentais, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets5.html>>.

_____, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionaisdh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>>.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010. 2. ed.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. 2. ed.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 06 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>>.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____, Lei Complementar 35, 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>

_____, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368520>>.

_____, Superior Tribunal de Justiça, Verbete Sumular 9º. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?livre=&ordem=%2B>>.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direitos Processual Civil. volume 1*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 19 ed.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, Pacto São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. *Bill of Rights of the United States of America*, de 15 de dezembro de 1791. Disponível em: <<http://billofrightsinstitute.org/founding-documents/bill-of-rights/>>. Acessado em 15 de janeiro de 2014.

_____, Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776. Disponível em <http://www.constitution.org/bor/vir_bor.htm>.

FRANÇA, Constituição Francesa, de 1791. Disponível em: <<http://passeidireto.com/arquivo/1749582/constituicao-francesa-1791>>.

_____, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *O juiz e a Mídia*. São Leopoldo: Unisinos, 2012.

INGLATERRA, Constituição de 1215. Disponível em: <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>>.

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

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. Rio de Janeiro: Melhoramentos, 2006. 2. ed.

TERRA, Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/internet/google-e-acusado-de-invasao-de-privacidade-por-anuncios-dogmail,f07c0724f5081410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>.